وفى تزويج غير الأب والجد لا يكتفي بسكوتها وما علق فى حديث آخر من الحق لها بصفة الثيوبة المراد به في حق الضم والتفرد بالسكني يعني ان للولى ان يضم البكر الى نفسه لانه يخاف عليها ان تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم وللثيب ان تنفرد بالسكني لانها آمنة من ذلك والمعني فيه انها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب وتأثيره ان الحرية والخطاب وصفان مؤثران فى استبداد المرء بالتصرف وزوال ولاية الافتيات عليه كما فى حق المال والغلام وبقاء صفة البكارة تأثيره فى عدم الاهتداء بسبب انعدام التجربة والامتحان ولهذا لاتثبت ولاية الافتيات عليه كما فى المال فان الظاهر ان من يبلغ لايكون مهتديا الى التصرفات قبل التجربة والامتحان ولكن الاهتداء وعدم الاهتداء لايوقف على حقيقته وتختلف فيه أحوال الناس فاقام الشرع البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء تيسيراً للأمر على الناس وسقط اعتبار الاهتداء الذى يحصل قبل البلوغ بسبب التجربة ويسقط اعتبار الجهل الذى يبقى بعد البلوغ لعدم التجربة الا ترى ان البكر التى لا أب لها غير مهتدية كالتى لها أب ثم اعتبر رضاها فى تزويجها بالاتفاق وكذلك اقرارها بالنكاح يصح فلو كان بقاء صفة البكارة فى حقها كبقاء صفة الصغر لم يجز إقرارها بالنكاح واما قبض الصداق فعندنا لو نهت الأب عن قبض صداقها لم يكن له ان يقبض ولكنه عند عدم النهى له ان يقبض لوجود الاذن دلالة فان الظاهر ان البكر تستحى من قبض صداقها وان الأب هوالذى يقبض لتجهيزها بذلك مع مال نفسه الى بيت زوجها فكان له ان يقبض لهذا وبعد الثيوبة لاتوجد هذه العادة لان التجهيز من الآباء بالاحسان مرة بعد مرة لايكون فصار الأب فى المرة الثانية كسائر الاولياء ﴿ قال ﴾ وان سكتت حين بلغها عقد الأب فالنكاح جائز عليها لان الشرع جعل السكوت منها رضا لعلة الحياء فان ذلك يحول بينها وبين النطق فتكون بمنزلة الخرساء فكما تقوم اشارة الخرساء مقام عبارتها فكذلك يقام سكوت البكر مقام رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص فأما اذا بلغها العقد فسكتت لايتم العقد لأن الحاجة الى الاجازة هنا والسكوت لايكون اجازة منها لأن هذا ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستئمار لايكون ملزما وحين يبلغها العقد الرضا يكون ملزماً فلا يثبت ذلك بمجرد السكوت ولكنا نقول هذا فى معني المنصوص لان عند الاستئمار لها جوابان نعم أولا فيكون

سكوتها دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة الى الرجال وكذلك اذا بلغها العقد فلها جوابان أجزت أو رددت فيجعل السكوت دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو الاجازة ﴿قال﴾ وكذلك لو ضحكت لان الضحك أدل على الرضا بالتعرف من السكوت بخلاف ما اذا بكت فان البكاء دليل السخط والكراهة وقد قال بعض المتأخرين هذا اذا كان لبكائها صوت كالويل فأما اذا خرج الدمع من عينها من غير صوت البكاء لم يكن هذا ردا بل هى تحزن على مفارقة بيت أبويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وكذلك قالوا ان ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لايكون رضا والضحك الذى يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس ﴿قال﴾ فان قال قبل النكاح ان فلانا يخطبك وأنا مزوجك اياه فسكتت ثم ذهب فزوجها جاز النكاح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا خطب اليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب فلانة ثم ذهب فزوجها ان سكتت وان نكتت خدرها باصبعها لم يزوجها وفى رواية أنه كان يقول ان فلانا يخطب فلانة فان كرهتيه قولى لافانما طلب منها جواب الرد لاجواب الرضا فدل ان السكوت يكفى للرضا وفى الكتاب لم يشترط تسمية الصداق في الاستئمار وانما اشترط تسمية الزوج لان الظاهر ان اختلاف رغبتها يكون باختلاف الزوج وان الاب لايقف على مرادها فى حق الزوج فاما فى حق الصداق فالاب يعلم بمرادها فى ذلك وهو صداق مثلها فلا حاجة الى تسمية ذلك مع ان فى أصل النكاح الشرط تسمية الزوجين لاالمهر ففي الاستئمار أولى وبعض المتأخرين يقولون لابد من تسمية المهر في الاستئمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق والقلة والكثرة والذى بيناه فى الاب هو الحكم فى سائر الأولياء فهذا دليل على ان الاستئمار انما يكون معتبرا من الولى الذى يملك مباشرة العقد فاما الاجنبي اذا استأمرها فسكتت لم يكن له أن يزوجها لان سكوتها لعدم الالتفات الى استئمار الاجنبي فكانها قالت مالك وللاستئمار حين لم تكن بسبيل من العقد الا أن يكون الذى استأمرها رسول الولى فحينئذ الرسول قائم مقام المرسل وحكي عن الكرخى رحمه الله تعالى ان سكوتها عند استئمار الاجنبي يكون رضا لانها تستحي من الاجنبي أكثر مما تستحي من الولى ﴿قال﴾ واذا قالت البكر لم أرض حين بلغني وادعى الزوج رضاها فالقول قولها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى القول قول الزوج لانه متمسك بما هو الاصل

وهو السكوت والمرأة تدعى عارضاً وهو الرد فيكون القول قول من يتمسك بالاصل كالمشروط له الخيار مع صاحبه اذا اختلفا بعد مضى المدة فادعى المشروط له الخيار الرد وأنكره صاحبه فالقول قوله لتمسكه بالاصل وهو السكوت وكذلك الشفيع مع المشترى اذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع أمس فطلبت الشفعة وقال المشترى بل سكت فالقول قول المشترى لتمسكه بما هو الاصل ولكنا نقول الزوج يدعى ملك بضعها وهذا ملك حادث وهى تنكر ثبوت ملكه عليها فكانت هى المتمسكة بالأصل فكان القول قولها كما لوادعى أصل العقد وأنكرت هى وهذا لان ما قاله زفر رحمه الله تعالى نوع ظاهر والظاهر يكفى لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وحاجة الزوج هنا الى اثبات الاستحقاق وفى الحقيقة المسئلة تنبنى على مسئلة أخرى وهو انه اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وقال المولى قد دخلت عند زفر رحمه الله تعالى القول قول العبد لتمسكه بما هو الاصل وعندنا القول قول المولى لان حاجة العبد الى اثبات الاستحقاق والظاهر لهذا لا يكفى ولان عدم الدخول شرط للعتق ولا يكتفي بثبوت الشرط بطريق الظاهر فكذا هنا رضاها شرط لثبوت النكاح والظاهر لا يكفي لذلك فأما الشفيع اذا قال طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله وان قال علمت أمس وطلبت الآن فالقول قول المشترى لان حاجة المشترى الى دفع استحقاق الشفيع والظاهر يكفى للدفع وكذلك فى باب البيع فان سبب لزوم العقد وهو مضى مدة الخيار قد ظهر فحاجة الآخر الى دفع استحقاق مدعى الفسخ والظاهر يكفي لذلك فان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح والا فلا نكاح بينهما ولا يمين عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تستحلف فان نكلت قضى عليها بالنكاح وأصل المسئلة ان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف فى ستة أشياء فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والنسب والولاء وعندهما يستحلف فى ذلك كله فيقضى بالنكول وقد ذكر في الدعوى فصلا شائعاً اذا ادعت الامة على مولاها انها أسقطت سقطاً مستبين الخلق وصارت أم ولد له بذلك وحجتهما فى ذلك ان هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيجوز القضاء فيها بالنكول كالاموال وهذا لان النكول قائم مقام الاقرار ولكن فيه نوع شبهة لانه سكوت والسكوت محتمل فانما يثبت به ما يثبت مع الشبهات ولهذا لا يثبت القصاص

بالنكول لانه يندرئ بالشبهات وانما يثبت بالنكول مايثبت بالابدال من الحجج نحو كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وهذه الحقوق تثبت بذلك فكذلك بالنكول لانه بدل عن الاقرار وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذه الحقوق لايجزى فيها البدل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص فى النفس وبيان الوصف ظاهر فان المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لايعمل بذلها وكذلك لو قال لست بابن لك ولا مولى ولكن أبذل لك نفسي أو قال أنا حر الاصل ولكن أبذل لك نفسي لتسترقني لا يعمل بذله أصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لك ولكن أبذله لك لاتخلص من خصومتك كان بذله صحيحاً وتأثيره ان النكول بمنزلة البذل لابمنزلة الاقرار فانا لو جعلناه بذلا يتوصل المدعي الى حقه مع بقاء المدعى عليه محقاً فى انكاره واذا جعلناه اقرارا يجعل المدعى عليه مبطلا فى انكاره وذلك لايجوز الا بحجة ولان النكول سكوت فهو الى ترك المنازعة أقرب منه الى الاقرار فانما يثبت به أدنى مايثبت بترك المنازعة وهو البذل فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين القصاص فى النفس فان هناك يستحلف وان كان لايقضى بالنكول لان اليمين في النفس مقصودة لعظم أمر الدم الا ترى ان الأيمان فى القسامة شرعت مكررة وفى هذه المسائل اليمين ليست بحق له مقصوداً وانما المقصود منه القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول لاحاجة الى الاستحلاف لكونه غير مفيد وبان كان يثبت بالابدال من الحجج فذلك لايدل على انه يستحلف فيه كتصديق المقذوف القاذف يثبت بالابدال من الحجج ولا يجري فيه الاستحلاف ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج قد دخل بها ثم قالت لم أرض لم تصدق على ذلك لان تمكينها الزوج من نفسها أدل على الرضا من سكوتها الا ان يكون دخل بها وهى مكرهة فحينئذ القول قولها لظهور دليل السخط منها دون دليل الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك للزوج واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق وهذا لانه لايملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره فى لزوم العقد عليها أيضا ﴿ قال ﴾ واذا زوج ابنه الكبير فبلغه فسكت لم يكن رضا حتى يرضى بالكلام أو بفعل يكون دليل الرضا لان فى حق الانثى السكوت جعل رضا لعلة الحياء وذلك لايوجد فى الغلام فانه لايستحي من الرغبة في النساء ولان السكوت من البكر محبوب فى الناس عادة وفي حق الغلام السكوت مذموم لانه دليل على التخنث فلهذا لا يقام سكوته مقام رضاه

﴿قال﴾ واذا مات زوج البكر قبل أن يدخل بها بعد ماخلابها زوّجها أبوها بعد انقضاء العدة كما تزوج البكر لان صفة البكارة قائمة والحياء الذى هو علة قائم فان بوجوب العدة والمهر لايزول الحياء فلهذا يكتفي بسكوتها وان جومعت بشبهة أو نكاح فاسد لم يجز تزويجها بعد ذلك الا برضاها ولا يكتفي بسكوتها فى هذا الموضع لانها ثيب لقوله صلى الله عليه وسلم والثيب تشاور فاما اذا زنت يكتفى بسكوتها عند التزويج عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى لايكتفى بسكوتها لانها ثيب لان الثيب اسم لامرأة يكون مصيبها عائداً اليها مشتق من قولهم ثاب أى رجع والبكر اسم لامرأة مصيبها يكون أول مصيب لها لان البكارة عبارة عن أولية الشئ ومنه يقال لاول النهار بكرة وأول الثمار باكورة والدليل عليه انها تستحق من الوصية للثيب دون الوصية للابكار واذا كانت ثيبا أوجب مشورتها بالنص ولايجوز الاشتغال بالتعليل مع هذا لانه يكون تعليلا لابطال حكم ثابت بالنص ولان الحياء بعد هذا يكون رعونة منها فانها لما لم تستح من اظهار الرغبة في الرجال على أخش الوجوه كيف تستحى من اظهار الرغبة على أحسن الوجوه بخلاف حياء البكر لانه حياء كرم الطبيعة وذلك أمر محمود وهذه لو كان فيها حياء انما هو استحياء من ظهور الفاحشة وذلك غير ماورد فيه النص ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول صاحب الشرع انما جعل سكوتها رضا لاللبكارة بل لعلة الحياء فان عائشة رضى الله تعالى عنها لما اخبرت أنها تستحى فحينئذ قال سكوتها رضاها وغلبة الحياء هنا موجودة فانها وان أبتليت بالزنا مرة لفرط الشبق أو أكرهت على الزنا لاينعدم حياؤها بل يزداد لان فى الاستنطاق ظهور فاحشتها وهى تستحي من ذلك غاية الاستحياء وهذا الاستحياء محمود منها لانها سترت ماعلى نفسها وقد أمرت بذلك قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله وقبل هذا الفعل انما كانت لاتستنطق لان الاستنطاق دليل ظهور رغبتها فى الرجال فاذا سقط نطقها فى موضع يكون النطق دليل رغبتها في الرجال على أحسن الوجوه فلان يسقط نطقها فى موضع يكون النطق دليل الرغبة فى الرجال على أخش الوجوه كان أولى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لان الشرع أظهر ذلك الفعل عليها حين ألزم المهر والعدة وأثبت النسب بذلك الفعل وهنا الشرع ماأظهر ذلك عليها اذلم يعلق به شيئا من الاحكام وأمرها بالستر على نفسها فان

أخرجت وأقيم عليها الحد فالصحيح انه لايكتفى بسكوتها أيضا بعد ذلك وكذلك اذا صار الزنا عادة لها وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى يقول فى هذين الفصلين يكتفى بسكوتها أيضا لانها بكر شرعا . ألا ترى أنها تدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان فى الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ولا يكتفي بسكوتها فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء ولو زالت بكارتها بالوثبة أو الطفرة أو بطول التعنيس يكتفى بسكوتها عندنا وفى أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى هي بمنزلة الثيب استدلالا بالبيع فانه لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشترى بهذه الصفة كان له ان يردها فدل انها ليست يكر بعدما أصابها ما أصابها ولكنا نقول هى بكر لان مصيبها أول مصيب لها الا انها ليست بعذراء و العادة بين الناس انهم باشتراط البكارة فى السرائر يريدون صفة العذرة فلهذا ثبت حق الرد فأما هذا الحكم تعلق بالحياء أو بصفة البكارة وهما قائمان الا ترى ان عائشة رضى الله عنها لما افتخرت بالبكارة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم اشارت الى هذا المعنى فقال رأيت لووردت واديين احداهما رعاها أحد قبلك والاخرى لم يرعها أحد قبلك الى ايهما تميل فقال صلى الله عليه وسلم الى التى لم يرعها أحد قبلى فقالت انا ذاك فعرفنا انها مالم توطأ فهي بكر ﴿قال﴾ واذا زوج البكر أبوها من رجل وأخوها من رجل آخر بعده فأجازت نكاح الاخ جاز ذلك عليها ولم يجز نكاح الأب وهو بناء على أصلنا ان العقد لا يجوز الا برضاها سواء كان المباشر ابا أو أخا فانما وجد شرط نفوذ نكاح الاخ وهو رضاها بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الاخ رد نكاح الاب فلهذا يبطل نكاح الاب ﴿قال﴾ واذا زوجها وليها بغير أمرها فلم يبلغها حتى ماتت هى أو مات الزوج لم يتوارثا لان النكاح لاينفذ عليها الا برضاها والارث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهى بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة النكاح الفاسد اذا مات فيه أحدهما لم يتوارثا ﴿قال﴾ وان زوجها أبوها وهو عبد أو كافر ورضيت به جاز لان العقد كان موقوفا على اجازتها الا ترى انها لو أذنت فى الابتداء نفذ عقده باذنها فكذلك اذا أجازت فى الانتهاء ولكن لانقول سكوتها رضا منها لان العاقد لم يكن وليا لها والحاجة فى عقد غير الولى الى توكيلها لا الى رضاها والتوكيل غير الرضا فان التوكيل انابة والرضا اسقاط حق الرد فلهذا لا يثبت التوكيل بالسكوت وهذا يبين لك ماقلنا ان الصحيح فى استئمار الأجنبي انه لايكتفي بسكوتها ﴿قال﴾ واذا زوج البكر

وليها

وليها بأمرها وزوجت هي نفسها فان قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لانها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدرى أيهما أول ولا يعلم ذلك فرق بينهما لانه لايمكن تصحيح نكاحها فان المرأة لاتحل لرجلين بالنكاح وليس أحدهما بأولى من الآخر فيفرق بينها وبينهما لهذا وكذلك لو زوجها وليان بأمرها والثيب والبكر فى هذا سواء لما بينا ﴿قال﴾ واذا زوّج البكر وليها فأخبرها بذلك فقالت لاأرضى ثم قالت قد رضيت فلا نكاح بينهما لان العقد قدبطل بينهما بردها فانما رضيت بعد ذلك بالعقد المفسوخ وذلك باطل ولهذا جرى الرسم بتجديد العقد عند الزفاف لانها فى المرة الاولى تظهر الرد وغير ذلك لا يحمد منها ثم لا يزال بها أو لياؤها يرغبونها حتى رضيت فلو لم يجدد العقد كانت تزف الى أجنبي فلهذا استحسنا تجديد العقد عند الزفاف ﴿قال﴾ واذا استؤمرت فى نكاح رجل خطبها فأبت ثم زوجها الولى منه فسكتت فهو رضاها لانها لما أبت بطل استئمارها فكأنه زوجها من غير استئمار فيكون سكوتها رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول هنا لايجوز ولايكون سكوتها رضا لانهاقدصرحت بالسخط فكيف يكون سكوتها بعد ذلك دليل رضاها ولكنا نقول قد يسخط المرء الشئ فى وقت ويرضى به فى وقت آخر فسخطها قبل العقد لايمنعنا ان نجعل سكوتها رضابعد العقد والله أعلم بالصواب

باب نكاح الثيب

﴿قال﴾ قد بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا زوج ابنته وهى كارهة وهي تريد عم صبيانها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها وبين الذى زوجها منه أبوها ثم زوجها عم ولدها وهذه المرأة كانت ثيبا لان الراوى قال وهي تريد عم صبيانها فهذا دليل على ان نكاح الاب الثيب لاينفذ بدون رضاها وهو مجمع عليه ولايكون للشافعى فى هذا الحديث حجة علينا في البكر لان ضد هذا الحكم فى حق البكر مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة ولانه خص الثيب بالذكر وتخصيص الثيب بالذكر لايدل على أن الحكم في غيرها بخلافه ثم في هذا الحديث دليل على أن الولي اذا امتنع عن التزويج زوجها الامام فان الاب هنا امتنع من تزويجها ممن أرادت فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بولاية الامامة وفيه دليل على ان اختيار الازواج اليها لا الى الولى لأنها هي التى تعاشر الازواج فانما تحسن

العشرة مع من تختاره دون من يختاره الولي ﴿قال﴾ واذا زوج الثيب أبوها قبلها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح لان الاصل في السكوت أن لايكون رضا لكونه محتملا في نفسه وانما أقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحياء والثابت بالضرورة لايعدو موضع الضرورة ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفي بسكوتها عند الاستئمار ولا اذا بلغها العقد والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النكاح بغير ولي

﴿قال﴾ رضي الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاء أولياؤها فخاصموها الى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح وفي هذا دليل على أن المرأة اذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى سواء كانت بكراً أو ثيباً اذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفؤاً لها أو غير كفء فالنكاح صحيح الا أنه اذا لم يكن كفؤاً لها فللأولياء حق الاعتراض وفي رواية الحسن رضي الله عنه ان كان الزوج كفؤاً لها جاز النكاح وان لم يكن كفؤاً لها لايجوز وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول لايجوز تزويجها من كفء أو غير كفء اذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج كفؤاً جاز النكاح والا فلا ثم رجع فقال النكاح صحيح سواء كان الزوج كفؤاً لها أو غير كفء لها وذكر الطحاوي قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى ان الزوج ان كان كفؤاً أمر القاضي الولي باجازة العقد فان أجازه جاز وان أبى أن يجيزه لم ينفسخ ولكن القاضي يجيزه فيجوز وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتوقف نكاحها على اجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فان أجازه الولي جاز وان أبطله بطل الا أنه اذا كان الزوج كفؤاً لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد اذا أبى الولي أن يزوجها منه وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تزويجها نفسها منه باطل على كل حال ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا سواء زوجت نفسها أو بنتها أو أمتها أو توكلت بالنكاح عن الغير ومن العلماء رحمهم الله تعالى من يقول اذا كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضا الولي وان كانت فقيرة خسيسة يجوز لها أن تزوج نفسها من غير رضا الولي ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهم أصحاب الظواهر اما من شرط الولي استدل بقوله

تعالى ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن • وقال الشافعي رحمه الله تعالى وهذه أبين آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي لانه نهى الولي عن المنع وانما يتحقق المنع منه اذا كان الممنوع في يده وفي حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل واذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها لا وكس ولا شطط فان تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له وفي الحديث المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وانما الزانية هي التي تنكح نفسها وان عائشة رضي الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فان النساء لا يعقدن والمعنى فيه أنها ناقصة بنقصان الانوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة وهذا لان النكاح عقد عظيم خطره كبير ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات فلاظهار خطره تجعل مباشرته مفوضة الى أولي الرأي الكامل من الرجال لان النساء ناقصات العقل والدين فكان نقصان عقلها بصفة الانوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر ولهذا قال محمد رحمه الله تعالى ان عقدها يتوقف على اجازة الولي كما ان عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على اجازة الولي وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا ينعقد العقد بعبارتها أصلا كما لا ينعقد التصرف بعبارة الصغيرة عنده والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للاولياء اذا وضعت نفسها في غير كفء ولو ثبتت لها ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للاولياء حق الاعتراض كالرجل وكذلك تملك مطالبة الولي بالتزويج ولو كانت مالكة للعقد على نفسها لما كان لها ان تطالب الولي به والدليل على اعتبار نقصان عقلها انه لم يجعل اليها من جانب رفع العقد شئ بل الزوج هو الذي يستبد بالطلاق واما من جوز النكاح بغير ولي استدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن وبقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى ان ينكحن أزواجهن اضاف العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حسا بأن يحبسها في بيت ويمنعها من ان تتزوج وهذا خطاب للازواج فانه قال في أول الآية واذا طلقتم

النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزوج آخر واما الاخبار فقوله صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لازوج لها بكراً كانت أو ثيباً وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختيار الكرخي رحمه الله تعالى قال الايم من النساء كالاعزب من الرجال بخلاف ماذكر محمد رحمه الله تعالى ان الايم اسم للثيب وقد بيناهذا في شرح الجامع وقال صلى الله عليه وسلم ليس للولي مع الثيب أمر وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكني أردت ان تعلم النساء ان ليس الى الآباء من أمور بناتهم شيء ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضى الله عنها اعتذرت باعذارمن جملتها ان أولياءها غيب فقال صلى الله عليه وسلم ليس في أوليائك من لا يرضي بي قم ياعمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين وعن عمر وعلي وابن عمر رضى الله تعالى عنهم جواز النكاح بغير ولى وان عائشة رضى الله تعالى عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر ابن الزبير وهو غائب فلما رجع قال أومثلي يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها أوترغب عن المنذر والله لتملكنه أمرها وبهذا تبين أن مارووا من حديث عائشة رضى الله تعالى عنها غير صحيح فان فتوى الراوى بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ومدار ذلك الحديث على الزهرى وأنكره الزهرى وجوز النكاح بغير ولى ثم هومحمول على الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها أو على الصغيرة أو على المجنونة وكذلك سائر الاخبار التى رووا على هذا تحمل أو على بيان الندب ان المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولى هو الذي يزوجها والمعني فيه أنها تصرفت فى خالص حقها ولم تلحق الضرر بغيرها فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها وبيان الوصف أن النكاح من الكفء بمهر المثل خالص حقها بدليل أن لها أن تطالب الولى به ويجبر الولى على الايفاء عند طلبها وهى من أهل استيفاء حقوق نفسها فانما استوفت بالمباشرة حقها وكفت الولى مؤنة الايفاء فهو نظير صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاؤه صحيحافكذلك هناوالدليل عليه ان اختيار الازواج اليها بالاتفاق والتفاوت فى حق الاغراض والمقاصد انما يقع باختيار الزوج لابمباشرة العقد ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الازواج وكذلك اقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة ماصح

اقرارها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الايفاء بطلبها وانما يثبت لها حق مطالبة الولي لنوع من المروءة وهو أنها تستحي من الخروج الى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة ولكن هذا لايمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لان هذا النهي لنوع من المروءة فلا يمنع جواز المنهي عنه واذا زوجت نفسها من غير كفء فقد ألحقت الضرر بالاولياء فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم كما أن الشفيع يثبت له حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ولان طلب الكفاءة لحق الأولياء فلا تقدر على اسقاط حقهم وهذا لايمنع وجود أصل عقدها في حق نفسها كأحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر أن يفسخ دفعا للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى قال اذا زوجت نفسها من غير كفء لم يجز النكاح أصلا وهو أقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحتسب في المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفء عليها وبهذا الطريق قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الاحوط أن يجعل عقدها موقوفا على اجازة الولي ليندفع الضرر عن الولي الا أن الولي اذا قصد بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بأن لم يكن كفؤا لها صح فسخه وان قصد الاضرار بها بأن كان الزوج كفؤا لها لم يصح فسخه ولكن القاضي يقوم مقامه في الاجازة كما يقوم مقامه في العقد اذا عضلها ومحمد رحمه الله تعالى يقول لما توقف العقد على اجازة الولي لتمام الاحتياط فكما ينعقد باجازته ينفسخ بفسخه وبعد ماينفسخ فليس للقاضي أن يجيزه ولكن يستقبل العقد اذا تحقق العضل من الولي وعلى هذا الاصل يقول اذا زوجت نفسها من كفء ثم مات أحدهما قبل المرافعة الى القاضي توارثا اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان تصرفها في حق نفسها صحيح ومعنى التوقف لدفع الضرر عن الولي ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولي وانما انتهى النكاح الصحيح بالموت فيجري التوارث بينهما وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يتوارثان لان أصل العقد كان موقوفا وفي العقد الموقوف لا يجري التوارث وعلى هذا لو ظاهر منها أو آلى منها صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى وان كانت قصرت في مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للأولياء حق الاعتراض حتى

يبلغ بها مهر مثلها أو يفرق بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت للأولياء حق الاعتراض الا أن قول محمد رحمه الله تعالى لا يتحقق في تزويجها نفسها وانما يتحقق فيما قال في كتاب الاكراه واذا أكرهت المرأة الولي على أن يزوجها بأقل من مهر مثلها فزوجها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وأبى الولي أن يرضى فليس له ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان المهر من خالص حقها فانه بدل ما هو مملوك لها ألا ترى أن الاستيفاء والابراء اليها والتصرف فيه كيف شاءت وتصرفها فيما هو خالص حقها صحيح فلا يكون للأولياء حق الاعتراض وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انها ألحقت الضرر بالاولياء فيكون لهم حق الاعتراض كما لو زوجت نفسها من غير كفء وبيان ذلك أن الاولياء يتفاخرون بكمال مهرها ويعيرون بنقصان مهرها فان ذلك مهر المومسات الزانيات عادة وفيه يقول القائل

وما عليّ أن تكون جاريه　　تمشط رأسي وتكون فاليه

حتى ما اذا بلغت ثمانيه　　زوجتها مروان أو معاويه

أختانُ صدق ومهور عاليه

ومع لحوق العار بالاولياء فيه الحاق الضرر بنساء العشيرة أيضاً فان من تزوج منهن بعد هذا يقدر مهرها بمهر هذه فعرفنا أن في ذلك ضرراً عليهن وانما يذب عن نساء العشيرة رجالها فكان لهم حق الاعتراض وأما بعد تسمية الصداق كاملا صار حق العشيرة مستوفي وبقاء المهر يخلص لها فان شاءت استوفت وان شاءت أبرأت وهو نظير حق الشرع في تسمية أصل المهر في الابتداء وان كان البقاء يخلص لها وان طلقها قبل أن يدخل بها كان لها نصف ما سمى لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا فان المعقود عليه يعود اليها كما خرج عن ملكها وذلك سبب لسقوط البدل الا انا أوجبنا لها نصف المسمى بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم فلا تجب الزيادة على ذلك وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شئ عليه لانه فسخ أصل النكاح بهذا التفريق فلا يجب لها شئ وان ولت المرأة أمرها رجلا فزوجها كفؤاً فهو بمنزلة تزويجها نفسها وفي قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز ذلك كما لا يجوز تزويجها نفسها زاد في نسخ أبي حفص رضي الله عنه وقال الا ان يكون لها ولي فحينئذ يجوز وهذا شئ رواه أبو رجاء بن أبي رجاء عن محمد

رحمهما الله تعالى أنه قال سألته عن النكاح بغير ولى فقال لايجوز قلت فان لم يكن لها ولى قال يرفع أمرها الى الحاكم ليزوجها قلت فان كانت فى موضع لاحاكم في ذلك الموضع قال يفعل ما قال سفيان رحمه الله تعالى قلت وما قال سفيان قال تولى أمرها رجلا ليزوجها ثم قد صح رجوع محمد الى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى النكاح بغير ولى وعلى ذلك تنبني مسائل الجامع يقول في الكتاب فان طلقها ثلاثاً قبل ان يجيز الحاكم أو الولى عقدها يكون هذا رداً للنكاح وهو قول محمد رحمه الله تعالى فاما عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى تصح التطليقات الثلاث ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعند محمد رحمه الله تعالى لايقع الطلاق ولكن هذا رد للنكاح الا انه يكره له ان يتزوجها ثانياً قبل ان تتزوج بزوج آخر لاختلاف العلماء واشتباه الاخبار فى جواز النكاح بغير ولى ولان ترك نكاح امرأة تحل له خير من ان يتزوج امرأة لاتحل له ولكنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عنده لان الطلاق لم يكن واقعاً عليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الوكالة فى النكاح

﴿قال﴾ واذا خطب الرجل امرأة على رجل غائب لم يأمره فزوجت نفسها أو زوجها أبوها برضاها فقدم الغائب أو بلغه ذلك فأجاز النكاح فهو جائز عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى هو باطل بناء على أصله ان العقود لاتتوقف على الاجازة وهى مسئلة فى البيوع معروفة وعندنا تتوقف العقود على الاجازة وكل عقد لوسبق الاذن به ممن يقع له كان صحيحا فانه يتوقف على اجازته فاذا أجازه فى الانتهاء جعل ذلك كالاذن في الابتداء ولو عقد هذا العقد باذنه فى الابتداء كان صحيحا فكذلك باجازته في الانتهاء وهذا لان ركن العقد هو الايجاب والقبول وذلك من حق المتعاقدين وقد أضافه الى محل قابل للعقد فيتم به الانعقاد اذ لاضرر على الغائب فى انعقاد العقد وانما الضرر عليه فى التزام العقد وقد يتراخى الالتزام عن أصل العقد فتثبت صفة الانعقاد لانه حق المتعاقدين ويتوقف تمامه وثبوت حكمه على اجازة من وقع العقد له دفعا للضرر عنه ولو ان الغائب وكل هذا الحاضر بكتاب كتبه اليه حتى زوجها منه كان صحيحا وكذلك لو كتب اليها يخطبها فزوجت نفسها منه كان صحيحا والاصل فيه ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى النجاشى يخطب أم حبيبة رضى الله عنها فزوجها

النجاشي منه وكان هو وليها بالسلطنة وروى انه زوجها منه قبل ان يكتب به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابه وكلاهما حجة لنا على أن النكاح تلحقه الاجازة وان الخطبة بالكتاب تصح وهذا لان الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنى فان الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر وكان الحسن بن حي رحمه الله تعالى يقول لاينعقد النكاح بالكتاب لعظم خطر أمر النكاح وهذا فاسد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة بقوله تعالى يأيها الرسول بلغ وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان فانه كتب الى ملوك الآفاق يدعوهم الى الدين وكان ذلك تبليغا تاما فكذلك فى عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب الا انه اذا كتب اليها فبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي منه بغير محضر من الشهود لاينعقد النكاح كما فى حق الحاضر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لانكاح الا بشهود ولو قالت بين يدى الشهود زوجت نفسي منه لاينعقد النكاح أيضا لان سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط لجواز النكاح وانما سمعوا كلامها لا كلامه ولو كانت حين بلغها الكتاب قرأته على الشهود وقالت ان فلانا كتب الى يخطبني فاشهدوا انى قد زوجت نفسي منه فهذا صحيح لأنهم سمعوا كلام الخاطب باسماعها اياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه وسمعوا كلامها حيث أوجبت العقد بين أيديهم فلهذا تم النكاح وهذا بخلاف البيع فان المكتوب اليه اذا قال هناك بعت هذه العين من فلان بكذا جاز وان لم يكن بحضرة الشهود أو كان بحضرتهم ولم يقرأ الكتاب عليهم لان البيع يصح بغير شهود كما فى الحاضر الا انه ذكر فى الكتاب فى البيع أنه اذا كتب اليه أن بعني كذا بكذا فقال بعت يتم البيع وقد طعنوا فى هذا فقالوا أن البيع لاينعقد بهذا اللفظ من الحاضر فان من قال لغيره بع عبدك منى بكذا فقال بعت لاينعقد ما لم يقل الثاني اشتريت لانه لابد فى البيع من لفظين هما عبارة عن الماضى بخلاف النكاح فان النكاح ينعقد بلفظين أحدهما عبارة عن الماضى والآخر عن المستقبل والشافعى ومحمد رحمهما الله تعالى سويا بينهما والفرق لعلمائنا رحمهم الله تعالى أن البيع يقع بغتة وفلتة فقوله بعني يكون استياما عادة فلا بد من الايجاب والقبول بعده فأما النكاح يتقدمه خطبة ومراودة فقلما يقع بغتة فقوله زوجني يكون أحد شطرى العقد توضيح الفرق أن قوله زوجني نفسك تفويض للعقد اليها وكلام الواحد فى باب النكاح يصلح لاتمام العقد اذا كان الامر مفوضاً

اليه من الجانبين فيمكن أن يجعل قولها زوجت نفسى عقداً تاما وفى باب البيع كلام الواحد لا يصلح لاتمام العقد من الجانبين وان كان مفوضاً اليه من الجانبين فكان قوله بعت منك شطر العقد فلا بد من أن ينضم اليه الشطر الثانى ليصح اذا عرفنا هذا فنقول مراد محمد رحمه الله تعالى هنا بيان الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود دون اللفظ الذى ينعقد به البيع أو نقول بعنى قوله من الحاضر يكون استياما عادة فأما من الغائب اذا كتب اليه فقوله بعنى يكون أحد شطرى العقد فاذا انضم اليه الشطر الثانى تم البيع فان جاء الزوج بالكتاب مختوما الى الشهود وقال هذا كتابى الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز ذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعلم الشهود ما فى الكتاب وهو قول أبى يوسف الأول ثم رجع فقال يجوز ولا يشترط اعلام الشهود بما فى الكتاب وأصل الخلاف فى كتاب القاضى الى القاضى عند أبى يوسف رحمه الله تعالى تجوز الشهادة على الكتاب والختم وان كان لا يعلم الشهود ما فى الكتاب وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا تجوز لان المشهود به ما فى الكتاب لا نفس الكتاب ولكن استحسن أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال قد يشتمل الكتاب على شرط لا يعجبهم اعلام الشهود بذلك واذا كان مختوما يؤمن من الزيادة والنقصان فيه فيكون صحيحاً ثم فى هذا الكتاب قال يجوز عند أبى يوسف رحمه الله تعالى مختوما كان أو غير مختوم وذكر فى الأمالى أن الكتاب اذا كان غير مختوم لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أصلا وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز الا أن يعلم الشهود ما فيه واذا كان مختوما فحينئذ هل يشترط اعلام الشهود ما فيه فعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان وكما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر التصرفات للمعنى الذى قلنا ﴿قال﴾ ويجوز للواحد أن ينفرد بالعقد عند الشهود على الاثنين اذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان كان وليهما جاز وان كان وكيلا لا يجوز أما زفر رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد معاوضة فلا يباشره الواحد من الجانبين كعقد البيع وهو قياس يوافقه الأثر وهو ما روينا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدا عدل والشافعى رحمه الله تعالى بنحوه يستدل فى الوكيل من الجانبين أنه لا يتم العقد بعبارته لانه لا ضرورة فى توكيل الواحد من الجانبين بخلاف ما اذا كان ولياً من الجانبين لان فى تنفيذ العقد بعبارته ضرورة

لان أكثر ما في الباب أن يأمر غيره من أحد الجانبين فيكون مأموره قائماً مقامه وهو الولي من الجانبين شرعا فيملك مباشرة العقد وهو نظير ما قلتم في الاب اذا باع مال ولده من نفسه بمثل قيمته يجوز ولا يجوز بيعه من غيره ووجه قول علمائنا قوله تعالى وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى أي في نكاح اليتامى فهو دليل على أن للولي أن يزوج وليته من نفسه وكذا قوله تعالى وترغبون أن تنكحوهن دليل على أن للولي أن يزوج وليته من نفسه وفي الحديث أن شُرط على رضي الله تعالى عنه أتوه بشيخ مع جارية فسأله عن قصتها فقال انها ابنة عمي وإني خشيت أنها اذا بلغت ترغب عني فتزوجتها فقال خذ بيد امرأتك والمعني فيه أن العاقد في باب النكاح سفير ومعبر والواحد كما يصلح أن يكون معبراً عن الواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين ودليل الوصف أنه لا يستغني عن اضافة العقد الى الزوجين وبه يظهر الفرق بينه وبين البيع فانه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره فكان مباشراً للعقد لا معبراً توضيحه ان حقوق العقد في باب البيع تتعلق بالعاقد فاذا باشر العقد من الجانبين يؤدى الى تضاد الاحكام لأنه يكون مطالباً مطالباً مسلما مستلما مخاصما مخاصما وفي باب النكاح لا تتعلق الحقوق بالعاقد فلا يؤدي الى تضاد الاحكام ولهذا قلنا بيع الاب مال ولده من نفسه لأنه في جانب الصغير يكون ملزما اياه حقوق العقد بولايته عليه حتى اذا بلغ كانت الخصومة في ذلك اليه دون الاب بخلاف بيعه من غيره فلا يؤدى الى تضاد الاحكام توضيحه ان البيع لا يصح الا بتسمية الثمن فاذا تولاه من الجانبين كان مستزيداً مستنقصاً وذلك لا يجوز والنكاح يصح من غير تسمية المهر فلا يؤدي الى هذا المعني اذا باشره الواحد من الجانبين وعلى هذا روي ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى في الكتابة أن الواحد لا يباشره من الجانبين لانه لا يصح الا بتسمية البدل فأما على ظاهر الرواية يجوز لان حقوق العقد في الكتابة لا تتعلق بالعاقد بل هو معتبر كما في النكاح ولا حجة لهم في هذا الحديث لأن هذا النكاح قد حضره أربعة معنى فانه اذا اجتمع وصفان في واحد كان بمنزلة المثنى من حيث المعني لاعتبار كل صفة على حدة فان هذا الواحد اذا كان ولياً أو وكيلا من أحد الجانبين دون الآخر فضولياً من الجانب الآخر أولم يكن ولياً ولا وكيلا من الجانبين ولكنه فضولي باشر النكاح بمحضر من الشهود فبلغ الزوجين فاجازاه لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول وجاز في قوله الآخر وكذلك لو قال الزوج بين يدي الشهود

أشهدوا أني تزوجت فلانة ولم يخاطب عنها أحدا فبلغها فاجازت أو قالت المرأة اشهدوا اني قد زوجت نفسي من فلان ولم تخاطب عنه أحدا فبلغه فاجاز فهو على هذا الخلاف ولو قبل فضولي من جهة الغائب ينعقد موقوفا بالاتفاق حتى لو أجاز يجوز. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء واذا كان كلام الواحد في باب النكاح عقداً تاماً باعتبار الاذن في الابتداء فكذلك باعتبار الاجازة في الانتهاء وجعل هذا قياس الطلاق والعتاق بمال فان كلام الواحد فيه لما كان عقداً تاما عند الاذن كان عقداً موقوفا على اجازة الغائب عند عدم الاذن وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا النكاح عقد معاوضة يحتمل للفسخ وكلام الواحد فيه يكون شطر العقد وشطر العقد لايتوقف على ماوراء المجلس كما في البيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لايحتمل الفسخ بعد وقوعه أصلا وتحقيقه ان قول الرجل طلقت فلانة بكذا أو أعتقت عبدي فلانا بكذا يكون تعليقاً للطلاق والعتاق بالقبول لان تعليقهما بالشرط صحيح فاذا بلغهما فقبلا وقع لوجود الشرط وفي النكاح قوله زوجت فلانة لايمكن ان يجعل تعليقا لان النكاح لايحتمل التعليق بالشرط فكان هذا شطر العقد ولا يدخل على هذا مالو قال الزوج بمحضر منها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ذلك ولو كان تعليقاً بالشرط لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات مايقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله لها أنت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس فهذا مثله وهذا بخلاف ما اذا كان مأموراً من الجانبين لان هناك عبارته تنتقل اليهما فيصير قائما مقام عبارتهما فانما يكون تمام العقد بالمثنى من حيث المعني وهنا لاتنتقل عبارته الى الغير لانه غير مأمور به فاذا بقي مقصوراً عليه كان شطر العقد والدليل عليه انه لو قال لها تزوجتك وهي حاضرة كان هذا شطر العقد حتى لايتوقف على اجازتها بعد قيامها من ذلك المجلس فكذا اذا قال ذلك وهي غائبة يكون هذا شطر العقد ولو كان عقد النكاح بين فضوليين خاطب أحدهما عن الرجل والآخر عن المرأة فبلغهما فاجازا جاز ذلك العقد لانه جرى بين اثنين ولو كانا وكيلين كان كلامهما عقداً تاما فكذلك اذا كانا فضوليين يكون كلامهما عقداً موقوفا ﴿قال﴾ وليس على العاقد في باب النكاح وليا كان أو وكيلا حق قبض مهرها بدون أمرها لما بينا انه معبر لايتعلق به شيء من حقوق العقد وكما لايتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه لايكون اليه قبض البدل وكذلك الوكيل من جانب الزوج لايكون عليه

من المهر شيء كما لا يكون اليه قبض المعقود عليه واليه أشار علي رضي الله عنه في قوله الصداق على من أخذ الساق الا الأب في حق ابنته البالغة فانه يقبض مهرها فيجوز ذلك استحسانا وقد بيناه ﴿ قال ﴾ واذا أرسل الى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فهو سواء لان الرسالة تبليغ عبارة المرسل الى المرسل اليه ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة فيصلح ان يكون رسولا الا ترى ان سليمان عليه السلام جعل الهدهد رسولا في تبليغ كتابه الى بلقيس فالآدمي المميز أولى ان يصلح لذلك فاذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا سألك ان تزوجيه نفسك واشهدت انها قد تزوجته كان ذلك جائزا اذا أقر الزوج بالرسالة أو أقامت عليه البينة لان الرسول بلغها رسالة المرسل فكأنه حضر بنفسه وعبر عن نفسه بين يدي الشهود وقد سمع الشهود كلامها أيضا فكان نكاحا بسماعهما كلام المتعاقدين واذا أنكر الرسالة ولم تقم عليه البينة لها فالقول قوله ولا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان المخاطب فضوليا ولم يرض الزوج بما صنع فلا نكاح بينهما فان كان الرسول قد خطبها وضمن لها المهر وزوجها إياه وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان أقر أو قامت عليه البينة بالامر والضمان لازم للرسول ان كان من أهل الضمان لانه جعل نفسه زعيما بالمهر والزعيم غارم وان جحد الزوج ولم يكن عليه بينة بالامر فلا نكاح بينهما لما قلنا وللمرأة على الرسول نصف الصداق من قبل أنه مقر بانه قد أمره وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح وذكر في كتاب الوكالة ان على الرسول جميع المهر بحكم الضمان فقيل ماذكر هنا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقول أبي يوسف الاول وما ذكر هناك قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول فنفذ قضاؤه بالفرقة هنا قبل الدخول وسقط نصف الصداق عن الزوج فيسقط عن الكفيل أيضا وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى لا ينفذ قضاؤه باطنا فيبقى جميع المهر واجبا على الزوج ويكون الكفيل مطالبا به لاقراره وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره أصل النكاح لا يكون طلاقا فلا يسقط به شيء من الصداق بزعم الكفيل ووجه هذه الرواية أنه أنكر وجوب الصداق عليه وهو مالك لاسقاط نصف الصداق عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يمكنه اسقاطه ومن ضرورة سقوط نصف

الصداق عن الاصيل سقوطه عن الكفيل فلهذا كان الكفيل ضامناً لنصف الصداق ﴿قال﴾ فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكن أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج جاز عليه ولزم الزوج الضمان لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء وان أبى الزوج أن يجيز النكاح لم يكن على الرسول شيء من الضمان لان أصل السبب انتفى برد الزوج النكاح فينتفي حكمه وهو وجوب الصداق وبراءة الاصيل حقيقة توجب براءة الكفيل ﴿قال﴾ وان أمره أن يزوجه امرأة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه وزاد عليه في المهر فان شاء الزوج أجازه وان شاء رده لانه أتى بخلاف ما أمر به فكان مبتدئاً فيتوقف عقده على اجازته وان لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار أيضاً لان دخوله بها كان باعتبار أنه امتثل الوكيل أمره فلا يصير به راضياً بما خالف فيه الوكيل فان الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به فكان على خياره ان شاء أقام معها بالمهر المسمى وان شاء فارقها وكان لها الاقل من المسمى ومن مهر مثلها لان الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة ﴿قال﴾ وان كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل بها الزوج وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر فعلى الرسول نصف المسمى لاقراره على نفسه انه أمره به وهذا لان انكار الزوج الأمر بالزيادة بمنزلة انكاره الامر بالعقد أصلا كما بيناه في الفصل الاول ﴿قال﴾ فان قال الرسول أنا أغرم المهر وألزمك النكاح لم يكن له ذلك الا أن يشاء الزوج لانه فيما باشر من العقد غير ممتثل أمره فكان بمنزلة الفضولي والفضولي ولا يملك أن يلزم عليه حكم العقد الا برضاه وهذا لانه وان تبرع باداء الزيادة فلا بد من أن يجب على الزوج أولا لأن المسمى في العقد صداق والصداق مطلقاً يجب على الزوج وقد تعذر الزام الزوج بذلك وانعدم منها الرضا بدونه ﴿قال﴾ واذا وكل الرجل الرجل أن يزوجه امرأة فزوجها اياه وضمن لها عنه المهر جاز ذلك ولم يرجع به الوكيل على الزوج لانه ضمن عنه بغير أمره فان أمره اياه بالنكاح لا يكون أمراً بالتزام الصداق لان الوكيل بالنكاح سفير ومعبر لا ملتزم ومن ضمن عن غيره دينه بغير أمره لم يرجع به عليه لأن تبرعه بالضمان كتبرعه بالاداء فان كان أمره بذلك رجع عليه كما لو أمره بالاداء ﴿قال﴾ واذا كان العقد من الوكيل بشهود جاز وان لم يكن على التوكيل شهود لان التوكيل بالنكاح ليس بنكاح والشهود من خصائص شرائط

النكاح واما شرط الشهود في النكاح لانه يتملك به البضع فلاظهار خطره اختص بشهود وذلك لا يوجد في التوكيل فان البضع لا يتملكه الوكيل فهو بمنزلة التوكيل بسائر العقود ﴿قال﴾ واذا ادخل على الرجل غير امرأته فدخل بها فعلى الزوج مهر التى دخل بها لانه دخل بها بشبهة النكاح بخبر المخبر انها امرأته وخبر الواحد في المعاملات حجة فيصير شبهة في اسقاط الحد فاذا سقط الحد وجب المهر وعليها العدة وثبت نسب ولدها منه ولا نفقة في عدتها ماشئ المتعدة ونحوه نص على رضي الله عنه في الوطء بالشبهة والحداد اظهار التحزن على فوات نعمة النكاح وذلك لا يوجد في الوطء بالشبهة وليس لها عليه نفقة العدة لان وجوب النفقة باعتبار ملك اليد الثابت بالنكاح وذلك غير موجود في الوطء بالشبهة ولانه يبقى بالعدة ما كان ثابتا من النفقة باصل النكاح ولم تكن لها نفقة مستحقة هنا ليبقى ذلك ببقاء العدة ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لانه وجب عليه عوضا عما استوفى وهو الذي نال اللذة بالاستيفاء فلا يرجع بالعوض على غيره ولان المخبر أخبر بكذب من غير ان ضمن له شيئاً وهذا العقد من الغرور لا يثبت له الرجوع عليه كمن أخبره بأمن الطريق فسلك فيه حتى أخذ اللصوص متاعه ﴿قال﴾ فان كانت هذه أم امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة ولها عليه نصف الصداق لوقوع الفرقة قبل الدخول بسبب من جهة الزوج ولا يرجع به على أحد أيضاً لما قلنا وان كانت بنت امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة وله أن يتزوج التى دخل بها لان مجرد العقد على الام لا يوجب حرمة الربيبة وليس له أن يتزوج أم التى دخل بها لان بالدخول بالبنت تحرم الام على التأبيد بخلاف الفصل الاول فان هناك لا يتزوج واحدة منهما لوجود العقد الصحيح على البنت والدخول بالام ولو كانت هذه أخت امرأته أو ذات رحم محرم منها لم يقرب امرأته حتى تنقضى عدتها لان أختها معتدة منه فلو قربها كان جامعاً ماءه في رحم أختين وذلك لا يجوز والله أعلم بالصواب

باب الاكفاء

﴿قال﴾ إعلم ان الكفاءة في النكاح معتبرة من حيث النسب الا على قول سفيان الثورى رحمه الله تعالى فانه كان يقول لا معتبر في الكفاءة من حيث النسب وقيل إنه كان من العرب فتواضع ورأى الموالى اكفاء له وأبو حنيفة رحمه الله تعالى كان من الموالى فتواضع

ولم ير نفسه كفؤاً للعرب وحجته في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لافضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال صلى الله عليه وسلم كلكم بنو آدم طف للصاع لم يملأ وقال الناس كابل مائة لاتكاد تجد فيها راحلة واحدة فهذه الآثار تدل على المساواة وان التفاضل بالعمل ومن أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه وخطب أبو طيبة امرأة من بني بياضة فابوا ان يزوجوه فقال صلى الله عليه وسلم زوجوا اباطيبة الاتفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير فقالوا نعم وكرامة وخطب بلال رضي الله عنه الى قوم من العرب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان تزوجوني وان سلمان خطب بنت عمر رضي الله عنه فهم ان يزوجها منه ثم لم يتفق ذلك وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل وفي حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لايزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ومازالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال بيانه في قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز عتبة وشيبة والوليد فخرج اليهم ثلاثة من فتيان الانصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا أبناء قوم كرام ولكنا نريد أكفاءنا من قريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه بذلك فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا وأمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث رضوان الله عليهم أجمعين بأن يخرجوا اليهم فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي النكاح أولى وهذا لان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد من الصحبة والالفة والعشرة وتأسيس القرابات وذلك لايتم الابين الاكفاء وفي أصل الملك على المرأة نوع ذلة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته واذلال النفس حرام قال صلى الله عليه وسلم ليس للمؤمن ان يذل نفسه وانما جوز ماجوّز منه لاجل الضرورة وفي استفراش من لايكافئها زيادة الذل ولاضرورة في هذه الزيادة فلهذا اعتبرت الكفاءة والمرادمن الآثارالتي رواها في أحكام الآخرة وبه نقول ان التفاضل في الآخرة بالتقوي وتأويل الحديث الآخر الندب الى التواضع وترك طلب الكفاءة لاالالزام وبه نقول ان عند الرضا يجوزالعقد ويحكي عن

الكرخي رحمه الله تعالى انه كان يقول الاصح عندي ان لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة غير معتبرة في الدين في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر ولا يدل ذلك على أنه غير معتبر في النكاح اذا عرفنا هذا فنقول الكفاءة في خمسة أشياء (أحدها) النسب وهو على ما قال قريش أكفاء بعضها لبعض فانهم فيما بينهم يتفاضلون وأفضلهم بنو هاشم ومع التفاضل هم أكفاء، ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله تعالى عنها وكانت تيمية وتزوج حفصة رضى الله تعالى عنها وكانت عدوية وزوج ابنته من عثمان رضى الله تعالى عنه وكان عبشميا فعرفنا أن بعضهم أكفاء لبعض • وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال الا أن يكون نسبا مشهوراً نحو أهل بيت الخلافة فان غيرهم لا يكافئهم وكأنه قال ذلك لتسكين الفتنة وتعظيم الخلافة لا لانعدام أصل الكفاءة والعرب بعضهم أكفاء لبعض فان فضيلة العرب بكون رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ونزول القرآن بلغتهم وقال صلى الله عليه وسلم حب العرب من الايمان وقال صلى الله عليه وسلم لسلمان رضي الله تعالى عنه لا تبغضني قال وكيف أبغضك وقد هداني الله بك قال تبغض العرب فتبغضني ولا تكون العرب كفؤاً لقريش والموالي لا يكونون كفؤاً للعرب كما قال صلى الله عليه وسلم والموالي بعضهم أكفاء لبعض وهذا لأن الموالي ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما أشار اليه سلمان رضى الله تعالى عنه حين تفاخر جماعة من الصحابة بذكر الانساب فلما انتهى الى سلمان رضى الله تعالى عنه قالوا سلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه فبكى وقال وعمر ابن الاسلام، فمن كان من الموالي له أبوان في الاسلام فهو كفؤ لمن له عشرة آباء لان النسبة تتم بالانتساب إلى الاب والجد فمن كان له أبوان مسلمان فله في الاسلام نسب صحيح ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له أب في الاسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفؤا لمن له أبوان في الاسلام لان هذا يحتاج في النسبة الى الاب الكافر وذلك منهى عنه لما روى أن رجلا انتسب الى تسعة آباء في الجاهلية فقال صلى الله عليه وسلم هو عاشرهم في النار ولكن هذا اذا كان على سبيل التفاخر دون التعريف (والثاني) الكفاءة في الحرية فان العبد لا يكون كفؤا لامرأة حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفؤاً لحرة الاصل والمعتق أبوه لا يكون كفؤاً لامرأة

لهما أبوان في الحرية وهذا لان الرق أثر من آثار الكفر وفيه معنى الذل فكان هو بمنزلة أصل الدين من الوجه الذي قلنا وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الذى أسلم بنفسه أو أعتق لو أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤاً له (والثالث) الكفاءة من حيث المال فان من لا يقدر على مهر امرأة ونفقتها لا يكون كفؤاً لها لان المهر عوض بضعها والنفقة تندفع بها حاجتها وهى الى ذلك أحوج منها الى نسب الزوج فاذا كانت تنعدم الكفاءة بضعة نسب الزوج فبعجزه عن المهر والنفقة أولى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال اذا كان يقدر على ما يعجله ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم كان كفؤاً لها وأما اذا كان قادراً على المهر والنفقة كان كفؤاً لها وان كانت المرأة صاحبة مال عظيم وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة فى كثرة المال لحديث عائشة رضى الله عنها رأيت ذا المال مهيبا ورأيت ذا الفقر مهيناً وقالت ان احساب ذوى الدنيا المال والاصح أن ذلك لا يعتبر لان كثرة المال فى الاصل مذموم قال صلى الله عليه وسلم هلك المكثرون الا من قال بماله هكذا وهكذا يعنى تصدق به (والرابع) الكفاءة فى الحرف والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ذلك غير معتبر أصلا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه معتبر حتى أن الدباغ والحجام والحائك والكناس لا يكون كفؤاً لبنت البزاز والعطار وكأنه اعتبر العادة فى ذلك وورد حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الناس أكفاء الا الحائك والحجام ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قال الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تعم به البلوى والحرفة ليست بشئ لازم فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب لانه لازم له وذل الفقر كذلك فانه لا يفارقه (والخامس) الكفاءة فى الحسب وهو مروى عن محمد رحمه الله تعالى قال هو معتبر حتى أن الذى يسكر فيخرج فيستهزئ به الصبيان لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات وكذلك أعوان الظلمة من يستخف به منهم لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات الا أن يكون مهيباً يعظم في الناس وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال الذى يشرب المسكر فان كان يسر ذلك فلا يخرج سكران كان كفؤاً وان كان يعلن ذلك لم يكن كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات ولم ينقل عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى شئ من ذلك والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا ليس بلازم حتى لا يمكن تركه ﴿قال﴾ واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما لانها

ألحقت العار بالاولياء فانهم يتعيرون بأن ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم فكان لهم أن يخاصموا لدفع ذلك عن أنفسهم ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضي لانه فسخ للعقد بسبب نقص فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض وذلك لا يثبت الا بقضاء القاضي ولانه مختلف فيه بين العلماء فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون التفريق الا بالقضاء وما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء والتوارث قائم بينهما لان أصل النكاح انعقد صحيحاً في ظاهر الرواية فانه لا ضرر على الأولياء في صحة العقد وانما الضرر عليهم في اللزوم فتتوفر عليه أحكام العقد الصحيح فاذا فرق القاضي بينهما كانت فرقة بغير طلاق لان هذا التفريق كان على سبيل الفسخ لأصل النكاح والطلاق تصرف في النكاح فما يكون فسخاً لاصل النكاح عندنا لايكون تصرفا فيه ولان الطلاق الى الزوج فتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقا وهذا التفريق ليس على وجه النيابة عنه فاذا لم يكن طلاقا قلنا لامهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها أو خلا بها فلها ماسمى من المهر وعليها العدة لان أصل النكاح كان صحيحاً فيتقرر المسمى بالتسليم اما بالدخول أو بالخلوة والمكاتب والمدبر نظير العبد في انه لايكون كفؤاً للحرة لان الرق فيهما قائم قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقي عليه درهم ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء فرضي به أحد الاولياء جاز ذلك ولايكون لمن هو مثله في الولاية أو أبعد منه ان ينقضه الا ان يكون أقرب منه فحينئذ له المطالبة بالتفريق وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في نوادر هشام اذا رضي أحد الوليين بغير كفء فللولي الذي هو مثله ان لايرضى به وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى وكذلك ان كان هذا الولي الراضي هو الذي زوجها والخلاف مع الشافعي انما يتحقق هنا وجه قولهم ان طلب الكفاءة حق جميع الاولياء فاذا رضي منهم واحد فقد أسقط حق نفسه وحق غيره فيصح اسقاطه في حق نفسه دون غيره كالدين المشترك اذا أبرأ أحدهم أو ارتهن رجلان عيناً ثم رده أحدهما أو سلم أحد الشفيعين الشفعة أو عفى أحد الوليين عن القصاص يصح في حقه دون غيره وكذلك لو قذف أم جماعة وصدقه أحدهم كان للباقين المطالبة بالحد والدليل عليه انها لو زوجت نفسها من غير كفء كان للاولياء أن يفرقوا ولم يكن رضاها بعدم الكفاءة مبطلا حق الاولياء فكذلك هنا وحجتنا ان الحق واحد وهو غير محتمل للتجزي لانه ثبت بسبب

لا يحتمل التجزى فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به كما في الأمان فان فيه ابطال حق الاستغنام والاسترقاق ثم صح من واحد من المسلمين في حق جماعتهم للمعنى الذى قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح في حق المسقط بالاتفاق فاذا كان الحق واحدا وقد سقط في حق المسقط فمن ضرورته سقوطه في حق غيره لانه لو لم يسقط في حق غيره لكان اذا استوفاه يصير حق الغير مستوفي أيضا وذلك لايجوز ولانه لما لم يبق بعد السقوط لايتمكن الآخر من المطالبة به بخلاف الدين فانه متجزئ في نفسه وبخلاف الرهن فانا لو نفينا حق الآخر لا يصير حق المسقط مستوفى وبه تبين ان الحق يتعدد هناك وكذلك في الشفعة وفي القصاص مالا يحتمل التجزى لايبقى بعد عفو أحدهم وانما يبقى ما يحتمل التجزى وهو الدية وبخلاف حد القذف فان ذلك لايحتمل السقوط ولكن المصدق ينكر سبب الوجوب وهواحصان المقذوف وانكار سبب وجوب الشئ لا يكون اسقاطا له فوزانه مما نحن فيه ان لوادعى أحد الأولياء ان الزوج كفؤ وأثبت الآخر انه ليس بكفء فيكون له ان يطلب التفريق واما اذا رضيت هي فلان الحق الثابت لها غير الحق الثابت للاولياء لان الثابت لها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش وللاولياء صيانة نسبهم عن ان ينسب اليهم بالمصاهرة من لايكافئهم وأحدهما غير الآخر فلم يكن اسقاط أحدهما موجبا سقوط الآخر الا ترى انه قد يثبت الخيار لها في موضع لايثبت للاولياء على مانبينه في آخر الباب ان شاء الله تعالى ومتى فرق القاضي بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة حتى وجبت عليها العدة فلها نفقة العدة على الزوج لانها كانت تستحق النفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة وسكوت الولى عن المطالبة بالتفريق ليس برضى منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة ان شاء لان هذا حق ثابت له والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت بصفة التأكد ولانه يحتاج الى الخصومة في المطالبة وقد لا يرغب الانسان بالخصومة في كل وقت فتأخيره الى أن يتمكن منه لايكون مبطلا حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوجها الولى غير كفء ثم فارقها ثم تزوجت به بغير ولى كان للولى ان يفرق بينهما لان العقد الثاني غير الأول ورضاه بالعقد الأول بينهما لايكون رضا بالعقد الآخر كما ان رضاه برجل لايكافئها لايكون رضا برجل آخر اذا زوجت نفسها منه بعد ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء ثم جاء الولى فقبض مهرها وجهزها فهذا منه رضا بالنكاح لان قبض المهر تقرير لحكم العقد فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة

ومباشرة الفعل الذى هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا ألا ترى ان مثل هذا الفعل يكون اجازة للعقد فلأن يكون رضا بالعقد النافذ كان أولى وان لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها فى نفقتها أو في بقية مهرها عليه بوكالة منها فنى القياس هذا لايكون رضا لانه انما خاصم في ذلك ليظهر عجز الزوج عنه وهو احد أسباب عدم الكفاءة واشتغاله باظهار سبب عدم الكفاءة يكون تقريرا الحقه لا اسقاطا وفي الاستحسان يكون هذا رضا بالنكاح لانه انما يخاصم في المهر والنفقة ليستوفي والاستيفاء ينبنى على تمام العقد فتكون خصومته فى ذلك رضا منه بتمام النكاح بينهما ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولى وألزمه المهر وألزمها العدة ثم تزوجها فى عدتها بغير ولى وفرق القاضى بينهما قبل الدخول بها كان لها عليه المهر الثانى كاملا وعليها عدة مستقبلة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله تعالى لامهر لها عليه وعليها بقية العدة الاولى وعند زفر رحمه الله تعالى لاعدة عليها وعلى هذا الخلاف لو طلقها تطليقة ثانية فى النكاح الاول ثم تزوجها فى العدة فطلقها قبل الدخول عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يجب المهر الثانى كاملا وعليها العدة وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يجب نصف المهر الثانى ولاعدة عليها الا أن عند محمد يلزمها بقية العدة الاولى لظاهر قوله تعالى فان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية وقال ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها وفى النكاح الثانى الطلاق حصل قبل المسيس لان العقد الثانى غير مبنى على الأول والدخول فى النكاح الاول لم يجعل دخولا في النكاح الثانى . ألا ترى أن صريح الطلاق يبينها فصار في حق العقد الثانى كأن الاول لم يوجد أصلا الا أن محمدا رحمه الله تعالى يوجب بقية العدة الأولى احتياطا لأن تلك العدة كانت واجبة وبالطلاق قبل الدخول صار النكاح الثانى كالمعدوم وزفر رحمه الله تعالى يقول العدة الاولى سقطت بالنكاح الثانى والساقط من العدة لايعود وتجدد وجوب العدة يستدعى تجدد السبب وهما قالا العقد الثاني يتأكد بنفسه والفرقة متى حصلت بعد تأكد العقد يجب كمال العدة والمهر وبيان التأكد ان اليد والفراش يبقى ببقاء العدة فاذا تزوجها والمعقود عليه فى يده حكما فيصير قابضا بنفس العقد كالغاصب اذا اشترى من المغصوب منه المغصوب وبه يتأكد حكم النكاح سواء وجد الدخول أو لم يوجد كما يتأكد بالخلوة وبه يبطل اعتمادهم على حصول البينونة بصريح الطلاق فان بعد الخلوة صريح الطلاق يبينها

ويكون النكاح متأكداً في حكم المهر والعدة ولان وجوب العدة لتوهم اشتغال الرحم بالماء عند الفرقة وهذا قائم في العقد الثاني لانه لا تأثير في تجديد العقد في براءة الرحم وقد كان توهم الشغل ثابتا حتى أوجبنا العدة عند الفرقة الاولى وهذا على قول محمد رحمه الله تعالى الزم لانه يلزمها بقية العدة الاولى باعتبار توهم الشغل والعدة لا تتجزى فى الوجوب وعلى هذا الاصل لو كانت الفرقة بسبب اللعان أو بخيار البلوغ أو بخيار العتق كله على الاصل الذي بيناه وكذلك ان كان النكاح الاول فاسداً أو كان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحاً صحيحاً في العدة وان كان النكاح الاول صحيحاً والثانى فاسداً ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق لان صير ورته قابضاً باعتبار تمكنه من القبض شرعا وذلك بالعقد الفاسد لا يكون ألا ترى أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والعدة فهنا كذلك العدة الاولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد فبقيت معتدة كما كانت ولا مهر لها عليه اذا فرق بينهما قبل الدخول ولو كان العقد الثانى صحيحا فارتدت ووقعت الفرقة بينهما فهو على هذا الخلاف الذى قلنا لها كمال المهر فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فلو كان تزوجها في جميع هذه الوجوه بعد انقضاء العدة كان الجواب عندهم كما هو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى في الفصول المتقدمة لانه لم يبق له عليها تلك اليد بعد انقضاء العدة فالتزوج بها وباجنبية أخرى سواء ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة رجلا خيراً منها فليس للولى أن يفرق بينهما لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان الولى لا يتعير بان يكون تحت الرجل من لا تكافئه ولان نسب الولد يكون الى أبيه لا الى أمه ألا ترى ان اسمعيل عليه السلام كان من قوم ابراهيم صلوات الله عليه لا من قوم هاجر وكذلك ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من قريش وما كان قبطياً وأولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة ﴿قال﴾ واذا تسمى الرجل لامرأة بغير اسمه وانتسب لها الى غير نسبه فتزوجته فالمسئلة على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون النسب المكتوم أفضل مما أظهره بأن أخبرها أنه من العرب ثم تبين أنه من قريش وفى هذا لا خيار لها ولا للأولياء لانها وجدته خيراً مما شرط لها فهو كمن اشترى شيئاً على أنه معيب فاذا هو سليم (والثاني) اذا كان نسبه المكتوم دون ما أظهره ولكنه فى النسب المكتوم غير كفء لها بأن تزوج قرشية على أنه من قريش ثم تبين أنه من

العرب أو من الموالى وفى هذا لها الخيار وان رضيت هى فللاولياء أن يفرقوا بينهما لعدم الكفاءة (والثالث) ان كان النسب المكتوم دون ما أظهر ولكنه فى النسب المكتوم كفؤلها بأن تزوج عربية على أنه من قريش ثم تبين أنه من العرب وفى هذا ليس للاولياء حق المطالبة بالفرقة بالاتفاق لان حق الخصومة للاولياء لدفع العار عن أنفسهم حتى لا ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم وهذا غير موجود هنا ولكن لها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا خيار لها كما لا يثبت للاولياء لان الحق فى المطالبة بالكفاءة وهي موجودة ولكنا نقول شرط لها زيادة منفعة وهو أن يكون ولدها منه صالحا للخلافة فاذا لم تنل هذا الشرط كان لها الخيار كمن اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسنه وهذا لان فى الاستفراش ذلا فى جانبها والمرأة قد ترضى استفراش من هو أفضل منها ولا ترضى استفراش من هو مثلها فاذا ظهر أنه غرها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها فلهذا كان لها الخيار بخلاف الاولياء فان ثبوت الخيار لهم لعدم الكفاءة فقط وللشافعى رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول مثل قول زفر رحمه الله تعالى وقول آخر أن النكاح باطل لانها زوجت نفسها من رجل هو قرشى ولم يوجد ذلك الرجل ولكنا نقول الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا فالعبرة للاشارة لان التعريف بالاشارة أبلغ وبهذا ونحوه نستدل على قلة فقهه فان مثل هذا الجواب لا يعجز عنه غير الفقيه ومن سئل عن طريق فقال اما من هذا الجانب واما من هذا الجانب فيشير الى الجوانب الاربعة علم أنه لا علم له بالطريق أصلا ﴿قال﴾ وان كانت المرأة هي التى غرت الزوج وانتسبت الى غير نسبها فلا خيار له فيه اذا علم وهي امرأته ان شاء طلقها وان شاء أمسكها لما بينا أنه لا يفوت عليه شئ من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها لا في حق نفسه ولا في ولده ولانه يتمكن من التخلص منها بالطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النكاح بغير شهود

﴿قال﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وكان مالك وابن أبي ليلى وعثمان البتى رحمهم الله تعالى يقولون

الشهود ليس بشرط فى النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو أعلنوا بحضرة الصبيان والمجانين صح النكاح ولو أمر الشاهدين بان لايظهرا العقد لايصح وحجتهم فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح ولو بالدف وحضر رسول الله صلى الله عليه وسلم املاك رجل من الأنصار فقال أين شاهدكم فأتي بالدف فأمر بان يضرب على رأس الرجل وكان لعائشة رضى الله عنها دف تعيره للانكحة وهذا لان حرام هذا الفعل لايكون الا سراً فالحلال لايكون الا ضده وذلك بالاعلان لتنتفى التهم وحجتنا في ذلك الحديث الذى رويناه والحديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدان وقال عمر رضى الله عنه لاأوتى برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد الا رجمته ولان الشرط لما كان هو الاظهار يعتبر فيه ماهو طريق الظهور شرعا وذلك شهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لايبقى سراً قال القائل

وسرك ما كان عند امرئ ۔۔۔ وسر الثلاثة غير الخفى

ولان اشتراط زيادة شيء فى هذا العقد لاظهار خطر البضع فهو نظير اشتراط زيادة شئ فى اثبات إتلاف مايملك بالنكاح وانما اختص ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين فكذلك هذا التمليك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين ثم الأصل عندنا ان كل من يصلح ان يكون قابلا للعقد بنفسه ينعقد النكاح بشهادته وكل من يصلح ان يكون ولياً في نكاح يصلح ان يكون شاهداً فى ذلك النكاح وعلى هذا الأصل قلنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين ولاينعقد عند الشافعى رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنا نقول ذكر العدالة فى هذا الحديث والشهادة مطلقة فيما روينا فنحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعاً مع انه نكر ذكر العدالة فى موضع الاثبات فيقتضى عدالة ما وذلك من حيث الاعتقاد وفى الحقيقة المسئلة تنبني على ان الفاسق من أهل الشهادة عندنا وانما لاتقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب وفى الحضور والسماع لاتتمكن هذه التهمة فكان بمنزلة العدل وعند الشافعى رحمه الله تعالى الفاسق ليس من أهل الشهادة أصلا لنقصان حاله بسبب الفسق وهو ينبنى أيضا على أصل ان الفسق لاينقص من ايمانه عندنا فان الايمان لايزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لامن نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينتقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بسبب الفسق

كنقصان الحال بسبب الرق والصغر واعتبر بطرف الأداء فان المقصود اظهار النكاح عند الحاجة اليه والصيانة عن خلل يقع بسبب التجاحد ولا يحصل ذلك بشهادة الفاسق ولكنا نقول الفسق لايخرجه من أن يكون أهلا للامامة والسلطنة فان الأئمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم قل مايخلو واحد منهم عن فسق فالقول بخروجه من أن يكون إماما بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه أهلا للامامة كونه أهلا للقضاء لان تقلد القضاء يكون من الامام ومن ضرورة كونه أهلا لولاية القضاء ان يكون أهلا للشهادة وبه ظهر الفرق بينه وبين نقصان الحال بسبب الرق والأداء ثمرة من ثمرات الشهادة وفوت الثمرة لايدل على انعدام الشئ من أصله الا ترى ان بشهادة المستور الذي ظاهر حاله العدالة ينعقد النكاح ولا يظهر بمقالته وكذلك بشهادة ابنيه منها وكذلك ينعقد بشهادة الاعميين بالاتفاق اما عندنا فلان الاعمي انما لاتقبل شهادته لانه لايميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بدليل مشتبه وهو النغمة والصوت وذلك لايكون في حالة الحضور والسماع وعند الشافعي رحمه الله تعالى لان الاعمى من أهل أداء الشهادة ولهذا قال لو تحمل وهو بصير ثم عمي تقبل شهادته فاما بشهادة المحدودين في القذف فان لم تظهر توبتهما فهما فاسقان وان ظهرت توبتهما ينعقد النكاح بشهادتهما بالاتفاق عند الشافعي رحمه الله تعالى لجواز الاداء منهما بعد التوبة وعندنا انما لاتقبل شهادة المحدود في القذف لكونه محكوما بكذبه فانما يؤثر ذلك فيما يتصور فيه تهمة الكذب أو فيما يستدعى قولا من جهتهما وذلك لا يكون في الحضور والسماع فأمابشهادة العبدين والصبيين لا ينعقد النكاح لانهما لا يقبلان هذا العقد بأنفسهما ولانهما لا يصلحان للولاية فى هذا العقد وهذا لان النكاح يعقد فى محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون الى محافل الرجال عادة فلهذا جعل حضورهما كلاحضورهما وعلى هذا الاصل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا ينعقد بناء على أصله أن شهادة النساء مع الرجال انما تكون حجة فى الاموال وفيما يكون تبعا للأموال باعتبار أن المعاملة تكثر بين الناس ويلحقهم الحرج باشهاد رجلين فى كل حادثة فكانت حجة ضرورية فى هذا المعنى ولاضرورة فى ... والطلاق وما ليس بمال لان المعاملة فيها لا تكثر فكانت كالحدود والقصاص و...

هذا ينبني على أصله أن المرأة لاتصلح أن تكون موجبة للنكاح ولاقابلة فكذلك لا ...

شاهدة فى النكاح وعندنا هي تصلح لذلك وللنساء مع الرجال شهادة أصلية ولكن فيها ضرب شبهة من حيث أنه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما أشار الله تعالى في قوله أن تضل احداهما الاخرى فتذكر احداهما الاخرى وبانضمام احدى المرأتين الى الاخرى تقل تهمة النسيان ولا تنعدم لبقاء سببها وهى الانوثة فلا تجعل حجة فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فأما النكاح والطلاق يثبت مع الشبهات فهذه الشهادة فيها نظير شهادة الرجال ولا اشكال ان تهمة الضلال والنسيان فى شهادة الحضور لاتتحقق فكان ينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأة ولكنا نقول قد ثبت بالنص ان المرأتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد وبنصف الشاهد لايثبت شئ ولهذا لو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئاً وسنقرر هذه الاصول فى موضعها من كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى واعتمادنا على حديث عمر رضى الله تعالى عنه حيث أجاز شهادة رجل وامرأتين فى النكاح والفرقة ﴿قال﴾ ولو تزوجها بشهادة ابنته أو ابنها أو بنته منها ينعقد النكاح بالاتفاق لحضور من هو أهل للشهادة فان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لا لنقصان حاله بل لتهمة ميل كل واحد منهما الى صاحبه ولا تتمكن هذه التهمة فى انعقاد العقد بشهادتهما ﴿قال﴾ ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين جاز النكاح فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ولم يجز فى قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى لأن هذا نكاح لايصح الا بشهود فلا يصح بشهادة الكافرين كالعقد بين المسلمين بخلاف أنكحة الكفار فانها تنعقد بغير شهود وحقيقة المعنى ان هذا السماع شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة وشرط الانعقاد سماع البينة كلا شطرى العقد ولم يوجد فكان هذا بمنزلة مالو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج ولهما طريقان (أحدهما) مابينا ان الكافر يصلح أن يكون وليا فى العقد ويصلح ان يكون قابلا لهذا العقد بنفسه فيصلح ان يكون شاهداً فيه أيضاً كالمسلم وهذا استدلال بطريق الأولى فان الايجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرطه فاذا كان يصلح الكافر للقيام بركن هذا العقد بنفسه فلأن يقوم بشرطه كان أولى بخلاف مايجرى بين المسلمين ولان المخاطب بالاشهاد هو الرجل لانه تملك البضع ولا تملك الابشهادة الشهود فاما المرأة تملك المال والشهود ليس بشرط لتملك المال ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

مخصوصا بالنكاح بغير شهود ثم كتاب المرأة لا يحتاج الى الاشهاد عليه اذا ثبت هذا فنقول الرجل قد اشهد عليها من يصلح ان يكون شاهداً عليها بخلاف ما اذا كانت مسلمة وبخلاف ما اذا سمعوا كلامها لانه مخاطب بالاشهاد عليها بالعقد والعقد لا يكون الا بكلام المتعاقدين وسماعهما كلام المسلم صحيح ألا ترى أنه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ثم وقعت الحاجة الى أداء هذه الشهادة تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها اذا جحدت وعلى الزوج لو كانا اسلما بعد ذلك فظهر ان سماعهما كلام المسلم صحيح فيحصل به الاشهاد عليها بالعقد وهذا بخلاف ما اذا تزوجها بغير شهود فانه لا يجوز ذلك وان كان في دينهم حلالا لان صاحب العقد هو الزوج وهو مسلم مخاطب بالاشهاد فلا يعتبر اعتقادها في حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوج ابنه بشهادة ابنيه ثم جحد الزوج النكاح وادعاه الاب والمرأة فشهد الابنان بذلك فشهادتهما لا تقبل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل ولو كان الزوج هو المدعي وجحد الاب والمرأة لذلك فشهادة الابنين فيه تكون مقبولة على ابيهما والحاصل ان شهادتهما لاخيهما وعلى اخيهما تكون مقبولة وشهادتهما على أبيهما فيما يجحده الأب مقبولة فأما اذا شهدا لابيهما فيما يدعيه ان كان للاب فيه منفعة نحو ان يشهدا بعقد يتعلق الحقوق به لا تقبل شهادتهما وان لم يكن للاب فيه منفعة لا تقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً وعند محمد تقبل واصل المسئلة فيما اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان أباهما كلم العبد فان كان الاب يجحد ذلك فشهادتهما مقبولة وان كان الاب يدعي ذلك لا تقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل قال لان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لتمكن تهمة الميل اليه وايثاره بالمنفعة على غيره وهذا لا يتحقق فيما لا منفعة للاب فيه فتقبل الشهادة جحدها أو ادعاها وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول شهادة الولد لوالده لا تكون مقبولة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده وانما تكون شهادة له اذا كان مدعياً لشهادته ولا معتبر بالمنفعة فان جحوده الشهادة تقبل وان كان له فيه منفعة بأن شهدوا ببيع ما يساوي مائة درهم بألف درهم مع أن المنفعة هنا تتحقق فان ظهور صدقه عند الناس من جملة المنفعة والعاقل تؤثر هذا على كثير من المنافع الدنيوية ثم ذكر في الـ وقال محمد رحمه الله تعالى كل شيء للأب فيه منفعة جحد أو ادعى فشهادة ابنيه فيه باطلة

وكذلك كل شئ تولاه مما يكون فيه خصما كالبيع وما أشبهه والمراد بهذا أن عند دعوى الاب لا تقبل شهادة الابن للتهمة وعند جحود الاب ان كان الآخر جاحداً أيضاً لا تقبل الشهادة لعدم الدعوى فأما اذا كان الآخر مدعياً كانت الشهادة مقبولة وان كان للأب فيها منفعة كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوى مائة درهم بألف درهم والمشترى يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة من جهة الاب والمنفعة التى هى غير مطلوبة لا تؤثر في المنع من قبول الشهادة ﴿ قال ﴾ وأما شهادة الشاهد على فعل تولاه لنفسه أو لغيره مما يكون فيه خصما ومما لا يكون خصما فساقطة بالاتفاق وبهذا يستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال الابن جزء من أبيه فشهادته كشهادة الاب لنفسه فكما أن شهادة الاب فيما باشره لا تكون مقبولة وان لم يكن له فيه منفعة فكذلك شهادة الابن للأب ولكنا نقول فيما باشره يكون مدعيا لا شاهداً فأما الابن فيما باشر أبوه يكون شاهداً فبعد تحقق الشهادة المانع من القبول هو التهمة ففي كل موضع لا تتحقق التهمة تكون الشهادة مقبولة ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أخوها وأبوها بالرضا لم تقبل لان الاب يريد تتميم ما باشره ولو شهد عليها أخواها بالرضا كانت مقبولة لانه لا تهمة في شهادتهما عليها ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة بغير شهود أو بشاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك لم يجز النكاح لان الشرط هو الاشهاد على العقد ولم يوجد وانما وجد الاشهاد على الاقرار بالعقد الفاسد والاقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد وبالاشهاد عليه لا ينقلب الفاسد صحيحاً ﴿ قال ﴾ ولا يجوز النكاح بين مسلمين بشهادة عبدين أو كافرين أو صبيين أو معتوهين أو نساء ليس معهن رجل لما قلنا فان كان معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح لوجود شرطه فان ادرك الصبيان وعتق العبدان وأسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت شهادتهم لان شرائط أداء الشهادة انما يعتبر عند الاداء وهو موجود والعتق والاسلام والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملهما كان صحيحاً حين تحملا لأن التحمل ليس بشهادة والحرية والاسلام والبلوغ تعتبر فى الشهادة فلهذا جازت شهادتهما ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد أنه تزوجها أمس وشهد شاهد أنه تزوجها اليوم فشهادتهما باطلة لان النكاح وان كان قولا الا أن من شرائطه ماهو فعل وهو حضور الشهود فكان بمنزلة الافعال واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة توضيحه ان كل واحد منهما شهد بعقد

عقد بحضوره وحده وذلك عقد فاسد ﴿ قال ﴾ واذا جحد الزوج النكاح فأقامت المرأة البينة جاز ولم يكن جحوده طلاقا ولا فرقة لان الطلاق تصرف في النكاح وهو منكر لأصل النكاح فلا يكون إنكاره تصرفا فيه بالرفع والقطع . ألا ترى أن بالطلاق ينتقص العدد وانتفاء أصل النكاح لا ينتقص فان أقامت البينة على اقراره بالنكاح جاز أيضاً لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ﴿ قال ﴾ ولو زوج عبده أمته بغير شهود لم يجز لأنه نكاح بين مسلمين واشتراط الشهود في نكاح المسلمين لاظهار خطر البضع وذلك المعنى لا يختلف في الاحرار والعبيد وهذا بخلاف المهر لانه على طريق بعض مشايخنا يجب المهر بهذا العقد لاظهار خطر البضع حقا للشرع ثم يسقط بعد ذلك لانه لو بقي كان للمولى ولا دين للمولى على عبده وان قلنا لا يجب فانما امتنع وجوبه لوجود المنافي له ولكونه غير مفيد لان فائدة الوجوب الاستيفاء وهذا لا يوجد في الشهود فان ملكه وبينهما لا ينافي الاشهاد على النكاح ويحصل به ما هو مقصود الاشهاد ﴿قال﴾ وان طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليها ولكنه متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يستدعي ملكا له على المحل اما ملك العين أو ملك اليد وذلك لا يحصل بالنكاح الفاسد ولن العدة وان وجبت بالدخول لا يثبت ملك اليد باعتباره ولهذا لا تستوجب النفقة ولكنه يكون متاركة فان الطلاق في النكاح الصحيح يكون رافعا للعقد موجبا نقصان العدد لكن امتنع ثبوت أحد الحكمين هنا فبقي عاملا في الآخر وهو رفع الشبهة لان رفع الشبهة دون رفع العقد ثم بين حكم الدخول في النكاح الفاسد وما لو زوجها في المدة ثانية بشهود ثم طلقها قبل الدخول وقد بينا الخلاف فيه فيما سبق ﴿قال﴾ واذا قال تزوجتك بغير شهود وقالت هي تزوجتني بشهود فالقول قولها لانهما اتفقا على أصل العقد فيكون ذلك كالاتفاق منهما على شرائطه لان شرط الشيء تبعه فالاتفاق على الاصل يكون اتفاقا على الشرط ثم المنكر منهما للشرط في معنى الراجع فان كانت هي التي أنكرت الشهود فالنكاح بينهما صحيح وان كان الزوج هو المنكر يفرق بينهما لاقراره بالحرمة عليه لانه متمكن من تحريمها على نفسه فجعل اقراره مقبولا في اثبات الحرمة ويكون هذا بمنزلة الفرقة من جهته فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ونفقة العدة ان كان بعد الدخول وهذا بخلاف ما اذا أنكر الزوج أصل النكاح لان القاضي كذبه في انكاره بالحجة والمكذب في زعمه بقضاء القاضي لا يبقى لزعمه عبرة وهنا القاضي ما كذبه في زعمه بالحجة ولكنه رجح قولها

للمعنى الذى قلنا فبقى زعمه معتبراً فى حقه فلهذا فرق بينهما ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قال تزوجتها
ولها زوج أوهي معتدة من غيرى أوهى مجوسية أو أختها عندى أو هي أمة تزوجتها بغير
اذن مولاها لان هذه الموانع كلها معنى فى محل العقد والحال فى حكم الشروط فكان هذا
واختلافهما فى الشهود سواء على مابينا وهذا بخلاف مااذا ادعى أحدهما ان النكاح كان فى
صغره بمباشرته لانه ينكر أصل العقد هنا فان الصغير ليس بأهل لمباشرة النكاح بنفسه
فاضافة العقد الى حالة معهودة تنافى الأهلية يكون انكارا لاصل العقد كما لو قال تزوجتك
قبل ان تخلقى أو قبل أن أخلق واذا كان القول قول المنكر منهما فلا مهر لها عليه ان لم يكن
دخل بها قبل الادراك وان كان دخل بها قبل الادراك فلها الأقل من المسمى ومن مهر
المثل لوجود الدخول بحكم النكاح الموقوف فان عقد الصغير يتوقف على اجازة وليه اذا
كان الولى يملك مباشرته وان كان الدخول بعد الادراك فهذا رضى بذلك النكاح وبعد
الادراك لوأجاز العقد الذى عقده فى حالة الصغر جاز كما لو اجاز وليه قبل ادراكه فكذلك
بدخوله بها يصير مجيزاً ﴿قال﴾ واذا زوج الرجل امرأة بامره ثم اختلفا فقال الوكيل أشهدت
فيه على النكاح وقال الزوج لم تشهد فيه فانه يفرق بينهما لاقراره وعليه نصف الصداق
لما قلنا ان اقراره باصل عقد الوكيل اقرار بشرطه وان اختلفت المرأة ووكيلها في مثل ذلك
فالقول قول الزوج لانها أقرت بالوكالة والنكاح فيكون ذلك اقراراً منها بشرط النكاح
﴿ قال ﴾ وكذلك لو قالت لم تزوجنى لايلزمها اقرار الوكيل وهو قول أبى حنيفة رحمه الله
تعالى خلافا لهما لان اقرار الوكيل بالنكاح فى حال بقاء الوكالة صحيح وقد بيناه وكذلك
وكيل الزوج اذا أقر بالنكاح وجحد الزوج فهو على الخلاف الذى بينا هكذا ذكر المسئلة هنا
وأعاد المسئلة في كتاب الطلاق وذكر ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال سواء النكاح والخلع
والبيع والشراء في ان اقرار الوكيل بفعله جائز اذا كان الآمر مقراً انه أمره بفعله ففي رواية
كتاب الطلاق الخلاف فى اقرار الولى على الصغير فى النكاح لا في اقرار الوكيل على الموكل
لان الوكيل مسلط من جهة الموكل باختياره فاقرار الوكيل به كاقرار الموكل بنفسه فأما الولى
مسلط شرعا والشرع اعتبر الشهود فى النكاح فلا يصح اقرار الولى بغير شهود والاصح
أن الخلاف فى الكل كما ذكر هنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح أهل الذمة

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه اعلم أن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة لانهم يعتقدون جوازه ونحن نعتقد ذلك فى حقهم أيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعثت الي الاحمر والاسود وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما توافقنا فى اعتقاده يكون ثابتاً فى حقهم فاما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح بغير شهود فانه جائز بين أهل الذمة يقرون عليه اذا أسلموا عندنا. وقال زفر رحمه الله تعالى لايتعرض لهم فى ذلك الا أن يسلموا أو يترافعوا الينا فحينئذ يفرق القاضى بينهم لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ولانهم بعقد الذمة صاروا منا داراً والتزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فيثبت فى حقهم ماهو ثابت فى حقنا الا ترى ان حرمة الربا ثابتة في حقهم بهذا الطريق فكذلك حرمة النكاح بغير شهود ولكنا نقول نعرض عنهم لمكان عقد الذمة لا لانا نقرهم على ذلك كما نتركهم وعبادة النار والاوثان على سبيل الاعراض لاعلى سبيل التقرير والحكم بصحة مايفعلون ولا نعرض عنهم فى عقد الربا لان ذلك مستثنى من عقد الذمة قال صلى الله عليه وسلم الامن أربى فليس بيننا وبينه عقد وروى عهد وكتب الى بنى نجران اما ان تدعوا الربا أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله وحجتنا فى ذلك ان الاشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لايخاطبون بحقوق الشرع بما هو أهم من هذا ولان النكاح بغير شهود يجوزه بعض المسلمين ونحن نعلم انهم لم يلتزموا أحكام الاسلام بجميع الاختلاف ثم من المنزل ان يترك أهل الكتاب وما يعتقدون الا ماستثني عليهم وان حكم خطاب الشرع فى حقهم كانه غير نازل لاعتقادهم خلاف ذلك الا ترى ان الخمر والخنزير يكون مالا متقوما فى حقهم ينفذ تصرفهم فيهما بهذا الطريق فكذا مانحن فيه بخلاف الشرك فان ذلك لم يحل قط ولن يحل قط واذا انعقد العقد فيما بينهم صحيحاً بهذا الطريق فما بعد المرافعة والاسلام حال بقاء النكاح والشهود شرط ابتداء النكاح لاشرط البقاء فاما اذا تزوج ذمية فى عدة ذمى جاز النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لايفرق بينهما وان أسلما أو ترافعا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرق لان النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا فى حقهم أيضاً ولكن لانتعرض لهم لمكان عقد

الذمة فاذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الاسلام كما فى نكاح المحارم فاما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي من أصحابنا من يقول العدة لاتجب من الذمى لان وجوبها لحق الشرع أو لحق الزوج ولا يمكن ايجابها لحق الشرع هنا لانهم لايخاطبون بذلك ولا لحق الزوج لانه لايعتقد ذلك فاذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحا ومنهم من يقول العدة واجبة ولكنها ضعيفة لاتمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا وبعد المرافعة أو الاسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لاتمنع بقاء النكاح كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وهذا بخلاف مااذا كانت معتدة من مسلم لان تلك العدة قوية واجبة حقا للزوج فاما اذا تزوج ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فانه لا يتعرض له فى ذلك وان علمه القاضى مالم يترافعوا اليه الا فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وذكر فى كتاب الطلاق انه يفرق بينهما اذا علم بذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم من الزمزمة اذا أكلوا ولكنا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبدالعزيز الى الحسن البصرى رضى الله تعالى عنهما مابال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وماهم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما أنت متبع وليس بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من ذلك الوقت الى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم انهم يباشرون ذلك ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال يقضى لها بنفقة النكاح اذا طلبت ولا يسقط احصانه اذا دخل بها حتى اذا أسلم يحد قاذفه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو باطل فى حقهم ولكنا لانتعرض لهم فى ذلك لمكان عقد الذمة وهذا لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائع فى دار الاسلام وهم من أهل دار الاسلام فيكون الخطاب ثابتا فى حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى كل واحد وانما في وسعه جعل الخطاب شائعا فيجعل شيوع الخطاب بمنزلة البلوغ اليهم ولكن لانتعرض لهم لمكان عقد الذمة ألا ترى أنهم لايتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة فى حقهم لتوارثوا بها وأما الخمر والخنزير فقد قيل الحرمة بخطاب خاص في حق المسلمين وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقيل ليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية والتقوم فالمال قد يكون حراما وقد يكون

حلالا وانما تنبني المالية على التمول وهم يتمولون ذلك فأما من ضرورة حرمة المحل لبطلان النكاح وقد ثبت الحرمة في حقهم كما بينا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لو تزوج مجوسية صح بالاتفاق والمجوسية محرمة النكاح بخطاب الشرع كذوات المحارم وانما حكمنا بجوازه بينهم لان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل فانهم يكذبون المبلغ ويزعمون أنه لم يكن رسولا وقد انقطعت ولاية الالزام بالسيف أو بالمحاجة لمكان عقد الذمة فصار حكم الخطاب قاصراً عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر فى حق من يعتقد كون المبلغ رسولا فاذا اعتقدوا ذلك بأن أسلموا ثبت حكم الخطاب فى حقهم فأما قبل ذلك لما قصر الخطاب عنهم بقي حكم المنسوخ فى حقهم ما لم يثبت الناسخ كما بقى حكم جواز الصلاة الى بيت المقدس فى حق أهل قباء لما لم يبلغهم الخطاب بالتوجه الى الكعبة فاذا ثبت حكم صحة الانكحة بهذا الطريق ثبت به ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة وبقاء الاحصان وأما الميراث فليس استحقاق الميراث من ضرورة صحة النكاح فقد يمتنع التوارث بأسباب كالرق واختلاف الدين مع أن التوارث انما يستحق الميراث على المورث بعد موته وحكم اعتقاده بخلاف الشرع سقط اعتباره بالموت لعلمنا أنه تديقن بذلك ولما أشار الله تعالى اليه فى قوله وان من أهل الكتاب الا ليؤمنن به قبل موته فلا يكون اعتقاد الوارث معتبراً فى الاستحقاق عليه فلهذا لا يرثه بخلاف النفقة فى حال الحياة وبقاء الاحصان اذا ثبتت هذه القاعدة فنقول عند أبي حنيفة ان رفع أحدهما الامر الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يأبى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان أصل النكاح كان باطلا ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة فاذا رفع أحدهما الامر وانقاد لحكم الاسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما ولو أسلم أحدهما فرق القاضي بينهما فكان اسلام أحدهما كاسلامهما فكذلك رفع أحدهما اليه كرافعتهما وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل النكاح كان صحيحاً فرفع أحدهما الى القاضي ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر فى ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضاً لاعتقاد الآخر فبقي حكم الصحة على ماكان بخلاف ما اذا أسلم أحدهما فان الاسلام يعلو ولا يعلي فلا يكون اعتقاد الآخر معارضاً لاسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا رفعا لانهما انقادا لحكم الاسلام فيثبت حكم الخطاب في حقها بانقيادهما له واليه أشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم فتكون مرافعتهما كاسلامهما وبعد

أسلامهما

اسلامهمايفرق بينهما لان المحرمية كما تنافى ابتداء النكاح تنافى البقاء بعد ما انعقد صحيحاً كما لو اعترضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة ﴿قال﴾ واذا تزوج الذمى ذمية على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمى لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا متقوما والخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم بمنزلة الخل والشاء في حقنا وان تزوجها على ميتة أو دم أو غير شئ فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانهم لا يتمولون الميتة والدم كما لا يتمولها المسلمون ولو كان المسلم هو الذى تزوج امرأة بهذه الصفة كان لها مهر مثلها فكذلك الذمي وقيل هذا قولهما اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاشئ لها اذا كانوا يدينون بالنكاح بغير مهر الى هذا يشير فى الجامع الصغير والخلاف مشهور فيما اذا تزوجها على ان لا مهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجب المهر وان أسلما وعندهما لها مهر مثلها وهو بناء على ماذكرنا من الأصل فان تقييد الابتغاء بالمال ثبت بخطاب الشرع فعندهما يكون ثابتا في حق أهل الذمة لشيوع الخطاب فى دار الاسلام وكونهم من أهلها واشتراطهم بخلاف ذلك باطل الا انه لا يتعرض لهم مالم يسلموا أو يرفع أحدهم الأمر الى القاضى بخلاف أهل الحرب فان الخطاب غير شائع فى دار الحرب ولأن الحربية محل للتملك بالقهر فيتمكن من اثبات ملك النكاح عليها بغير عوض بخلاف الذمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حكم هذا الخطاب قاصر عنهم من الوجه الذى قلنا فصح الشرط ووجب الوفاء به مالم يسلموا وبعد الاسلام أو المرافعة الحال حال بقاء النكاح والمهر ليس بشرط بقاء النكاح فكان هذا والنكاح بغير شهود سواء فاما اذا سكتا عن ذكر المهر فكذا فى احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تملك البضع في حقهم كتملك المال فى حق المسلمين فلا يجب العوض الا بالشرط وفى الرواية الأخرى يجب لان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع فيما بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض كان العوض مستحقاً لها وكذا عند تسمية الميتة والدم لان ذلك لغو باعتبار أنه ليس بمال فكان هذا والسكوت عن ذكر المهر سواء ﴿قال﴾ واذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً ثم أقام عليها فرافعته الى السلطان فرق بينهما لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد فامساكه اياها بعد التطليقات الثلاث ظلم منه وما اعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم أرأيت لو اختلعت بمال أكنا ندعه ليقوم عليها وقد استوفى منها فاما اذا

تزوجها بعد التطليقات الثلاث برضاها فالآن هذا ونكاح المحارم سواء لان الثلاث يوجب حرمة المحل بخطاب الشرع كالمحرمية وهم لايعتقدون ذلك وحرمة المحل بهذا السبب تمنع بقاء النكاح كما تمنع الابتداء فكان كالمحرمية فيما ذكرنا من التفريعات ﴿ قال ﴾ واذا تزوج ذمي ذمية على خمر بعينها أو خنزير بعينه ثم أسلما أو أسلم أحدهما فليس لها غير ذلك المعين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فان كانت الخمر بغير عينها فلها قيمتها وفي الخنزير بغير عينه في القياس كذلك ولكنه استحسن فقال لها مهر مثلها وفي قول محمد لها القيمة على كل حال وفي قول أبي يوسف الآخر لها مهر مثلها على كل حال ولم يذكر قوله الاول وقيل هو كقول محمد رحمه الله اما حجتهما في العين ان الاسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيمنع الاسلام قبضه كما في الخمر المشتراة اذا أسلم أحدهما قبل القبض وهذا لان القبض يؤكد الملك الثابت بالعقد الا ترى ان الصداق تتنصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضاً وبعد القبض لا يعود شيء الى ملك الزوج الا بقضاء أو رضاء وكذلك الزوائد تتنصف قبل القبض ولا تتنصف بعده وكذلك لو مر يوم الفطر والصداق عبد عند الزوج ثم طلقها قبل الدخول لاتجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض اذا ثبت هذا فنقول الاسلام كما يمنع تملك الخمر بالعقد ابتداء يمنع تأكد الملك فيها بالقبض وبه فارق الخمر المغصوبة فانه ليس في الاسترداد تأكد الملك انما فيه مجرد النقل من يد الى يد وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد الزوج فلا يمنع الاسلام قبضه كالخمر المغصوبة لايمنع الاسلام استردادها وهذا لان ملكها في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ومع من شاءت ببدل وغير بدل فليس القبض هنا بموجب ملك التصرف ولا تملك العين بخلاف المبيع فان بالقبض هناك يستفاد ملك التصرف والاسلام المانع منه ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشتري ناقلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى في يد الزوج فليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا وجب لها القيمة فلا يكون الاسلام مانعاً من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب وهذا بخلاف ما اذا كان المسمى بغير عينه لان القبض هناك موجب ملك العين والاسلام يمنع من ذلك واذا عرفنا هذا فمحمد رحمه الله تعالى يقول في الفصول كلها تعذر بالاسلام تسليم المسمى

بعد صحة التسمية وذلك موجب للقيمة على كل حال كما لو تزوجها على عبد فاستحق أو هلك قبل التسليم وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل في الحكم كالمقارن للعقد كما في البيع ولو اقترن الاسلام بالعقد وجب لها مهر المثل على كل حال فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القياس ما قاله محمد رحمه الله تعالى لان التسمية صحيحة وبطريان الاسلام لا يتبين فساد التسمية بخلاف ما اذا اقترن الاسلام بالعقد فان التسمية هناك مفسدة وبخلاف البيع لان أصل السبب هناك يفسد بالاسلام الطارئ وهنا أصل السبب باق وقد كانت التسمية صحيحة فاذا تعذر تسليم المسمى كان لها القيمة غير أني أستقبح ايجاب قيمة الخنزير فأوجب لها مهر مثلها قيل انما استقبح ذلك لبعد الخنزير عن المالية في حق المسلمين ولان المسلمين لا يعرفون قيمته والرجوع الى أهل الذمة في معرفة قيمة الخنزير ليقضى به مستقبح ولكن هذا ضعيف فان المسلم اذا أتلف خنزير الذمي يضمن قيمته كما اذا أتلف خمره والصحيح ان يقال قيمة الخنزير كعينه الا ترى ان قبل الاسلام لو اتاها بالقيمة أجبرت على القبول كما اذا أتاها بالعين فكما تعذر قبض عين الخنزير بالاسلام فكذلك القيمة بخلاف الخمر يقرره ان قيمة الخنزير من موجبات صحة التسمية وبالاسلام قد تغير حكم التسمية فانما يجوز ان يستوفى بعد الاسلام ما ليس من موجبات صحة التسمية وذلك مهر المثل فاما قيمة الخمر ليس من موجبات صحة التسمية لان الخمر من ذوات الامثال فلهذا يصار الى قيمة الخمر ثم ان طلقها قبل الدخول ففي العين لها نصف العين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق على ما نذكره في باب المهور ان شاء الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها المتعة على كل حال ﴿ قال ﴾ مسلم تزوج مسلمة على خمر أو خنزير أو شئ مما لا يحل كان النكاح جائزا لان صحة التسمية ليس من شرائط أصل النكاح فالنكاح صحيح بغير تسمية المهر فكذلك مع فساد التسمية لان ما كان فاسداً شرعا فذكره كالسكوت عنه في حكم الاستحقاق وتقدم اشتراطه غير مبطل للنكاح فان النكاح يهدم الشرط ولا ينهدم به هكذا قال ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع واذا صح النكاح فلها مهر

مثلها لان البضع لاتملك الا بعوض وقد تعذر إيجاب المسمى فيصار الى العوض الاصلي وهو قيمة البضع على ما نبينه في باب المهور ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وتجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس وقد دللنا على جواز أصل المناكحة فيما بينهم ثم هم أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم لانه يجمعهم اعتقاد الشرك والانكار لنبوة محمد صلى الله عليه وسلم فتجوز المناكحة فيما بينهم كأهل المذاهب فيما بين المسلمين ولهذا جوزنا شهادة بعضهم على بعض وورثنا بعضهم من بعض ثم المولود بينهما على دين الكتابي من الأبوين عندنا تحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين ولايحل ذلك عند الشافعي رحمه الله تعالى لان المعارضة تحقق بينهما واحدهما يوجب الحرمة والآخر الحل فيغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان أحدهما مسلما لان الكفر لايعارض الاسلام على ما بينا ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه الحديث فقد جعل اتفاق الابوين علة ناقلة عن أصل الفطرة فيثبت ذلك فيما اذا اتفق عليه الابوان وفيما اختلفا فيه يبقى على أصل الفطرة ولان حل الذبيحة والمناكحة من حكم الاسلام فاذا كان ذلك اعتقاد أحد الأبوين يجعل الولد تبعا له في ذلك كما في نفس الاسلام وهذا لان اليهودية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فلاتقع المعارضة بينهما ولكن يترجح جانب التبعية للكتابي لانه يعتقد التوحيد أو يظهره فكان في جعل الولد تبعاً له نوع نظر للولد وذلك واجب ﴿قال﴾ واذا زوج صبية من صبي وهما من أهل الذمة جاز ذلك كما يجوز بين المسلمين لان الولاية تثبت للأولياء فيما بينهم قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ثم ان كان المزوج هو الاب والجد فلا خيار لهما اذا أدركا لشفقة الأبوة فان ذلك لايختلف باختلاف الدين على ماقيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى وان كان المزوج غير الأب والجد فلهما الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد على مابينا فيما بين المسلمين ﴿قال﴾ واذا تزوجت الذمية ذمياً فقال وليها هذا ليس بكفء لم يلتفت الى قوله لان ذل الشرك وصغار الجزية يجمعهم فلا يظهر مع ذلك نقصان النسب بل هم أكفاء بعضهم لبعض ألا ترى أنهم لو استرقوا كانوا أكفاء ولو اعتقوا كذلك ولو أسلموا كانوا أكفاء فعرفنا أنه لايظهر التفاوت بينهم فلا يكون للولي ان يخاصم ﴿قال﴾ الا ان يكون شيئاً مشهوراً يعني كابنة ملك منهم خدعها حائك أو سائس ونحوه فهنا يفرق

بينهما لالا نعدام الكفاءة بل لتسكين الفتنة لان هذا يهيج الفتنة والقاضى مأمور بتسكين الفتنة بينهم كما هو مأمور بذلك بين المسلمين ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الذمى مسلمة حرة فرق بينهما لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى فاستقر الحكم فى الشرع على ان المسلمة لاتحل للكافر وان كان ذلك حلالا فى الابتداء فيفرق بينهما ويوجع عقوبة ان كان قد دخل بها ولايبلغ به أربعين سوطاً وتعذر المرأة والذى سعى فيما بينهما وفي حق الذمى لم يذكر لفظ التعذير لانه ينبئ عن معنى التطهير والتوقير قال الله تعالى وتعزروه وتوقروه وتسبحوه بكرة وأصيلافلهذا قال يوجع عقوبة وهذا لانه أساء الأدب فيما صنع واستخف بالمسلمين وارتكب ما كان ممنوعاًمنه فيؤدب على ذلك وكان مالك بن أنس رحمه الله تعالى يقول يقتل لانه يصير بهذا ناقضاً للعهد حين باشر ما ضمن فى العهد أن لايفعله فهو نظير الذمي اذا جعل نفسه طليعة للمشركين على قوله ولكنا نقول كما ان المسلم بارتكاب مثله لايصير ناقضاً لامانه فالذمى لايصير ناقضاً لأمانه فلا يقتل ولكن يوجع عقوبة وكذلك يعذر الذى سعى بينهما لأنه أعان على مالا يحل والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشى والمرتشى والرائش وهو الذى يسعى بينهما وان أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه لان أصل النكاح كان باطلا فبالاسلام لاينقلب صحيحا ﴿ قال ﴾ ولو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقى النكاح بينهما ولا يتعرض لهما لان ابتداء النكاح صحيح بعد اسلام الرجل فلأن يبقى أولى وان كانت من غير أهل الكتاب فهى امرأته حتى يعرض عليها الاسلام فان أسلمت والافرق بينهما وكذلك ان كانت المرأة هي التى أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهى امرأته حتى يعرض عليه الاسلام فان أسلم والا فرق بينهما ويستوى ان كان دخل بها أولم يدخل بها عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض ولا يعرض الاسلام على الآخر واستدل في ذلك فقال قد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم في الاجبار على الاسلام وذلك يقطع ولاية الاجبار والتفريق عندنا بالاسلام ولكن النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين اذا كان على وجه يمنع ابتداء النكاح وبعد الدخول النكاح متأكد فلايرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم اليه مايؤثر

في الفرقة وهو انقضاء العدة وقاس بالطلاق فان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعد الدخول لا يرفع الا بانقضاء العدة وحجتنا في ذلك ماروى ان دهقانة بهز الملك أسلمت فأمر عمر رضى الله تعالى عنه ان يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم والا فرق بينهما وان دهقانا أسلم في عهد على رضى الله عنه فعرض الاسلام على امرأته فابت ففرق بينهما وكان المعنى فيه ان النكاح كان صحيحاً بينهما فلا يرتفع الا بعد وجود السبب الموجب له واسلام المسلم منهما لا يصلح سبباً لذلك لانه سبب لاثبات العصمة وتأكيد الملك له وكذلك كفر من أصر منهما على الكفر لانه كان موجوداً قبل هذا وما كان مانعاً لابتداء النكاح ولا بقائه وكذلك اختلاف الدين فان عينه ليس بسبب كما لو كان الزوج مسلماً والمرأة كتابية فلا بد من أن يتقرر السبب الموجب للفرقة لما تعذر استدامة النكاح بينهما وذلك السبب عرض الاسلام على الكافر منهما لا بطريق الاجبار عليه ولكن لان بالنكاح وجب عليه الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فالامساك بالمعروف في ان يساعدها على الاسلام فاذا أبى ذلك تعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع من ذلك ناب القاضي منابه في التفريق بينهما ثم ان كانت المرأة هي التي أبت الاسلام حتى فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول فليس لها نفقة العدة لان الفرقة جاءت من قبلها وتكون الفرقة بغير طلاق بالاتفاق لانه ليس اليها من الطلاق شيء وانما فرق القاضي بينهما باصرارها على الخبث والخبيثة لا تصلح للطيب فاما اذا كان الزوج هو الذى أبى الاسلام فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان كان بعد الدخول فلها نفقة العدة وتكون الفرقة بطلاق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تكون فرقة بغير طلاق واما الفرقة بردة المرأة تكون بغير طلاق وردة الزوج كذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله تعالى تكون بطلاق وحجة أبي يوسف رحمه الله تعالى في الفصلين ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك أحد الزوجين صاحبه وهذا لانه ليس اليها من الطلاق شيء فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم انه ليس بسبب للطلاق وحجة محمد رحمه الله تعالى في الفصلين ان سبب الفرقة قول من جهة الزوج اما إباء أو ردة فيكون بمنزلة ايقاع

الطلاق وهذا لانه يفوت الامساك بالمعروف بهذا السبب فيتعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق الا ترى ان الفرقة بين العنين وامرأته تجعل طلاقاً بهذا الطريق وأبو حنيفة يفرق بينهما والفرق من وجهين احدهما ان الفرقة بالردة كانت لفوات صفة الحل وذلك مناف للنكاح الا ترى ان الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضي فانه ينافي النكاح ابتداء وبقاء فيكون نظير المحرمية والملك فأما إباء الاسلام فانه غير مناف للنكاح الا ترى ان الفرقة به لا تقع الا بقضاء القاضي والفرقة بسبب غير مناف للنكاح اذا كان مضافاً الى الزوج يكون طلاقاً توضيح الفرق ان في فصل الاباء لما كانت الفرقة لا تقع الا بقضاء القاضي أشبه الفرقة بسبب العنة من حيث ان القاضي ينوب فيه عن الزوج وفي مسئلة الردة لما لم تتوقف الفرقة على القضاء أشبه الفرقة بسبب المحرمية والملك الا ترى انه يتم بالمرأة وليس اليها من الطلاق شيء ثم في الفصلين يقع طلاقه عليها ما دامت في العدة اما في الاباء فظاهر لان الفرقة كانت بالطلاق واما في الردة فلان حرمة الحل بهذا السبب غير متأبدة ألا ترى أنه يرتفع بالاسلام فيتوفر على الطلاق ما هو موجبه وهو حرمة المحل الى غاية إصابة الزوج الثاني فلهذا يقع طلاقه عليها في العدة بخلاف ما بعد المحرمية فان حرمة المحل هناك مؤبدة فلا يظهر معها ماهو موجب الطلاق ﴿قال﴾ واذا عقد النكاح علي صبيين من أهل الذمة ثم أسلم أحدهما وهو يعقل الاسلام صح اسلامه عندنا استحسانا ويعرض على الآخر الاسلام ان كان يعقل فان أسلم فهما على نكاحهما وان أبى أن يسلم فان كان الزوج هو الذى أسلم والمرأة كتابية لم يفرق بينهما كما لو كانا بالغين وان كان بخلاف ذلك ففي القياس لا يفرق بينهما أيضا لان الاباء انما يحقق موجباً للفرقة ممن يكون مخاطبا بالاداء والذي لم يبلغ وان كان عاقلا فهو غير مخاطب بذلك ولكنه استحسن فقال كل من صح منه الاسلام اذا أتى به صح منه الاباء اذا عرض عليه وعند تقرر السبب الموجب للفرقة الصبي يستوى بالبالغ كما لو وجدته امرأته مجنوناً وقيل هذا على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فأما أبو يوسف رحمه الله فانه يأخذ بالقياس وهو نظير اختلافهم في ردة الصبي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تجب الفرقة خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى والاصح أنه قولهم جميعا والفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى أن الاباء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحا منه فأما الردة انشاء لما لم يكن موجوداً وهو يتضرر فلا يصح منه ألا ترى أن رده الهبة بعد ما قبض لا يصح وامتناعه من القبول في الابتداء

صحيح ثم اذا فرق بإباء الزوج وكان صغيراً فبعض مشايخنا يقولون هذا لا يكون طلاقا لأن الصبي ليس من أهل الطلاق بخلاف البالغ والصحيح انه طلاق لأن السبب قد تقرر فهو نظير الفرقة بسبب الجب وهذا لان الصبي ليس بأهل لايقاع الطلاق والعتاق ثم العتق ينفذ من جهته اذا تقرر سببه بأن ورث قريبه فكذلك الطلاق ﴿قال﴾ نصرانى تزوج نصرانية ثم انها تمجست فهما على نكاحهما لانها لو كانت مجوسية فى الابتداء صح النكاح بينهما فكذلك اذا تمجست وهو بناء على أصلنا أنه اذا تحول من دين الى دين يترك على ما اعتقد لأن الكفر كله ملة واحدة وللشافعى فيه ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول آخر أنه يقتل ان لم يسلم لان الأمان له كان على ما اعتقده فاذا بدله بغيره لم يبق له أمان فيقتل ان لم يسلم وهذا فاسد فان الامان بسبب الذمة كان له مع كفره وما ترك الكفر واذا كان ما اعتقد لا ينافى ابتداء عقد الذمة لا يكون منافياً للبقاء أيضاً وفى قول آخر يقول يجبر على العود الى ما كان عليه كالمسلم اذا ارتد والعياذ بالله وهو بعيد أيضاً فان ما كان عليه كان كفراً فكيف يجبر على العود اليه والنصرانى اذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهراً فكيف يجبر على العود الى التثليث بعد ما اعتقد التوحيد فان أسلم الزوج بعد ما تمجست عرض عليها الاسلام كما لو كانت مجوسية في الاصل فان أسلمت و لافرق بينهما وان تهودت أو تنصرت كانا على النكاح كما لو كانت يهودية أو نصرانية في الابتداء وان تمجست بعد ما أسلم الزوج وقعت الفرقة بينهما لان تمجسها بعد الاسلام كردة المسلمة فكما يتعجل الفرقة بنفس ردة المرأة فكذا تمجسها بعد إسلام الزوج ﴿قال﴾ نصرانى تزوج نصرانية بشهادة عبدين كان جائزاً اذا كان ذلك فى دينهم نكاحا لانه لو تزوجها بغير شهود جاز فبشهادة العبدين أولى والله أعلم بالصواب

باب نكاح المرتد

﴿قال﴾ ولا يجوز للمرتد ان يتزوج مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة أصلية لان النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقر على ما اعتقده وحقيقة المعنى فيه من وجهين أحدهما ان النكاح مشروع لمعنى البقاء فان بقاء النسل به يكون وكذلك بقاء النفوس بالقيام بمصالح المعيشة والمرتد مستحق للقتل فما كان سبب البقاء لا يكون مشروعا

في

في حقه والثاني ان قتله بنفس الردة صار مستحقا وانما يمهل ثلاثة أيام ليتأمل فيما عرض له من الشبهة ففيما وراء ذلك جعل كانه لا حياة له حكما فلا يصح منه عقد النكاح لان اشتغاله بعقد النكاح يشغله عما لاجله حياته وهو التأمل وكذلك لايجوز نكاح المرتدة مع أحد لانها مأمورة بالتأمل لتعود الى الاسلام وممنوعة من الاشتغال بشئ آخر ولانها بالردة صارت محرمة والنكاح مختص بمحل الحل ابتداء فلهذا لايجوز نكاحها مع أحد ﴿ قال ﴾ واذا ارتد المسلم بانت منه امرأته مسلمة كانت أو كتابية دخل بها أو لم يدخل بها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لم يدخل بها فكذلك وان كان بعد الدخول لايتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض بناء على أصله في الفرق بين تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده على مابينا في الاسلام فانه بالردة يقصد منابذة الملة الحنيفية فلا يكون ذلك موجبا للفرقة بعد تأكده مالم ينضم اليه سبب آخر كما لو أسلم أحدهما وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول لاتقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهى امرأته وان مات أو قتل ورثته وجعل هذا قياس اسلام أحد الزوجين على مابينا ولكنا نقول الردة تنافي النكاح واعتراض سبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية فاما اختلاف الدين عينه لاينافى النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لاينافى النكاح فان النكاح نعمة وبالاسلام تصير النعم محرزة له فلهذا لا تقع الفرقة هناك الا بقضاء القاضي بعد اباء الآخر ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر ان كان لم يدخل بها ونفقة العدة ان كان دخل بها وان كانت هي التى ارتدت فلا مهر لها ان كان قبل الدخول وليس لها نفقة العدة بعد الدخول والكلام في ان هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بيناه ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما استحساناً عندنا وفي القياس تقع الفرقة بينهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان في ردتهما ردة أحدهما وزيادة فاذا كانت ردتهما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء أيضاً ولكنا تركنا القياس لاتفاق الصحابة رضى الله تعالى عنهم فان بنى حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر رضى الله تعالى عنه ولم يأمرهم بتجديد الانكحة بعد التوبة ولا أحد من الصحابة رحمهم الله تعالى سواه ولايقال لعل الارتداد من بعضهم كان قبل بعض ولم يشتغل بذلك أيضاً لان كل أمرين لايعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا وفقه هذا الكلام ان وقوع الفرقة عند ردة أحدهما لظهور خبثه عند المقابلة

بطيب المسلم فاذا ارتدا معاً لايظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه تقابل الخبث بالخبث والمعنى فيه انه لم يختلف لها دين ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان كما اذا أسلم الكافران معاً واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء ولا فرق لان كل واحد منهما يوجب حرمة الحل ولكنها غير متأبدة فان أسلم أحدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر حتى لو كانت المرأة هي التى أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذى أسلم فلا شئ لها لان الفرقة من جانب من أصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الاخر كانشاء الردة ﴿قال﴾ وان أسلم النصرانى وامرأته نصرانية ثم تحولت الى اليهودية فهى امرأته كما لو كانت يهودية في الابتداء وان أسلم وهى مجوسية ثم ارتد عن الاسلام بانت منه لان النكاح بعد اسلامه باق مالم يفرق القاضي بينهما ألا ترى أنها لو أسلمت كانا على نكاحهما فتفرده بالردة في حال بقاء النكاح موجب للفرقة وكذلك اذا أسلمت المرأة المجوسية ثم ارتدت بانت منه وكذلك لو ارتد الزوج بانت منه وان لم يرتد الزوج ولم تسلم هى حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا دخل بها أولم يدخل بها لان النكاح ينتهى بالموت حين لم يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح أهل الحرب

﴿قال﴾ رضى الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه سئل عن مناكحة أهل الحرب من أهل الكتاب فكره ذلك وبه نأخذ فنقول يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية فى دار الحرب ولكنه يكره لانه اذا تزوجها ثمة ربما يختار المقام فيهم وقال صلى الله عليه وسلم أنا برئ من كل مسلم مع مشرك لا تراآى ناراهما ولان فيه تعريض ولده للرق فربما تحبل منه فتسبى فيصير ما فى بطنها رقيقاً وان كان مسلماً واذا ولدت تخلق الولد باخلاق الكفار وفيه بعض الفتنة فيكره لهذا فان خرج وتركها فى دار الحرب وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين حقيقة وحكما لانها من أهل دار الحرب والزوج من أهل دار الاسلام وتباين الدارين بهذه الصفة موجب للفرقة عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لايكون موجبا للفرقة حتى اذا أسلم أحد الزوجين وخرج الى دارنا فان كانت المرأة هى التى خرجت مراغمة وقعت

الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج فان خرجت غير مراغمة لزوجها أو خرج الزوج مسلما أو ذميا تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمه الله تعالى واستدل بحديث أبي سفيان رضي الله عنه فانه أسلم بمر الظهران في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينه وبين امرأته هند ولما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام رضي الله عنهما حتى أسلمت امرأة كل واحد منهما وأخذت الامان لزوجها وذهبت فجاءت بزوجها ولم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينهما وان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت الى المدينة ثم تبعها زوجها أبو العاص بعد سنين فردها عليه بالنكاح الاول والمعنى فيه ان اختلاف الدار عبارة عن تباين الولايات وذلك لا يوجب ارتفاع النكاح كاختلاف الولايتين في دار الاسلام الا ترى ان الحربي لو خرج الينا مستأمنا أو المسلم دخل دار الحرب بامان لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته وكذلك الخارج من مصر أهل العدل الى منعة أهل البغي لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وليس في هذه الآية بيان قصد المراغمة فاشتراطه يكون زيادة على النص وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والكوافر جمع كافرة معناه لا تمدوا من خلفتموه في دار الحرب من نسائكم ولما أراد عمر رضي الله عنه ان يهاجر الى المدينة نادى بمكة الا من أراد ان تئيم امرأته منه أو تبين فليلتحق بي أي فليصحبني في الهجرة والمعنى فيه ان من بقي في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت قال الله تعالى أومن كان ميتا فاحييناه أي كافرا فرزقناه الهدى الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب يجعل كالميت حتى يقسم ماله بين ورثته فكما لا تتحقق عصمة النكاح بين الحي والميت فكذلك لا تتحقق عند تباين الدارين حقيقة وحكما فاما اذا خرج الينا بامان فتباين الدارين لم يوجد حكما لانه من أهل دار الحرب متمكن من الرجوع اليها وكذلك اذا دخل المسلم دار الحرب بامان فهو من أهل دار الاسلام حكما ومنعة أهل البغي من جملة دار الاسلام ومن فيها لا يجعل بمنزلة الميت حكما والدليل عليه انها ما خرج الا قاصدا احراز نفسه من المشركين فلا يعتبر مع ذلك القصد الى المراغمة ولو كان خروجها على سبيل المراغمة لزوجها وقعت الفرقة

بالاتفاق فاما حديث زينب رضي الله عنها فالصحيح انه ردها عليه بالنكاح الجديد وما روى انه ردها عليه بالنكاح الأول أي بحرمة النكاح الأول الا ترى انه ردها عليه بعد سنين والعدة تنقضي في مثل هذه المدة عادة وقد روى ان الكفار تبعوها وضربوها حتى أسقطت فانقضت عدتها بذلك وعند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لا تقع الفرقة بتباين الدارين تقع بانقضاء العدة واما اسلام أبي سفيان فالصحيح أنه لم يحسن اسلامه يومئذ وانما أجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم بشفاعة عمه العباس رضي الله عنه وعكرمة وحكيم بن حزام انما هربا الى الساحل وكانت من حدود مكة فلم يوجد تباين الدارين وقال الزهري ان دار الاسلام انما تميزت من دار الحرب بعد فتح مكة فلم يوجد تباين الدارين يومئذ فلهذا لم يجدد النكاح بينهما فاما اذا سبى احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالاتفاق فعندنا لتباين الدارين وعند الشافعي رضي الله عنه للسبي حتى اذا سبيا معا لم تقع الفرقة بينهما لقوله تعالى والمحصنات من النساء الآية معناه ذوات الازواج من النساء الا ماملكت أيمانكم فانها حلة لكم وانما نزلت الآية في سبايا أوطاس وقد نادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ الا لا توطأ الحبالى من الفيء حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وانما سبي أزواجهن معهن والمعنى فيه ان السبي يقتضى صفاء المسبي للسابي ولهذا لا يبقى الدين الذي كان واجباً على المسبي وانما يصفو اذا لم يبق ملك النكاح وهذا لان السبي سبب لملك مايحتمل التملك ومحل النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسابي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بذي حق محترم ألا ترى أنه تسقط به مالكيته عن نفسه وعن ماله ولهذا قلنا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو لذمي لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم ولا يدخل عليه القصاص أنه لا يسقط بالسبي لان المستحق بالقصاص الدم وهو ليس بمحتمل للتملك ولان القصاص لا يجب الا لمحترم وحجتنا في ذلك أن السبي سبب لملك الرقبة مالا فلا يكون مبطلا للنكاح كالشراء وهذا لان المملوك في النكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصوداً لان تملك البضع مقصوداً بسببه يختص بشرائط من الشهود والولي وذلك لا يوجد في السبي فانما يثبت الملك هنا تبعاً لملك الرقبة وذلك لا يثبت الا عند فراغ المحل عن حق الغير ونفس السبي ليس بمناف للنكاح ألا ترى أن ملك النكاح لو كان محترما لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما اذا تقرر بالحرمية والرضاع ولأن السبي لا ينافي ابتداء النكاح فلأن

لا ينافي البقاء أولى وأما الدين فان كان على عبد فسبي لم يسقط الدين منصوص عليه في المأذون وان كان على حر فسبي فانه يسقط لانه لما صار عبداً والدين لا يجب على العبد الا شاغلا مالية رقبته فكذلك لا يبقى الا شاغلا للمالية وحين كان واجباً على الحر لم يكن شاغلا لمالية الرقبة اذ لا مالية في رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي ألا ترى أنه لو كان الدين لمحترم لا يبقى كذلك وبه يبطل قولهم ان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي فان ملك النكاح اذا كان محترماً بقي النكاح ولا صفاء وكذلك اذا سبي الزوج وقعت الفرقة وهنا الملك له لا عليه فأما الحديث فالمروى أن الرجال هربوا الى حصونهم وانما سبي النساء وحدهن فقد وقعت الفرقة بتباين الدارين والآية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الازواج فما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص اذا عرفنا هذا فنقول اذا خرج الزوج مسلماً وتركها في دار الحرب حتى وقعت الفرقة بينهما لم يقع عليها طلاقه بعد ذلك لان النكاح قد انقطع لا الى عدة فان بقاءها في دار الحرب كما ينافي أصل النكاح بينها وبين الزوج ينافي العدة فلهذا لا يقع طلاقه عليها وان خرجت المرأة قبل الزوج مسلمة أو ذمية فهما على نكاحهما لان الزوج مسلم من أهل دار الاسلام أيضاً فلم تتباين بهم الدار ﴿قال﴾ حربية كتابية دخلت دار الاسلام بأمان فتزوجت مسلماً أو ذمياً جاز ذلك وصارت ذمية لانها تابعة لزوجها في المقام فتزويجها نفسها ممن هو من أهل دار الاسلام يكون رضى منها بالمقام في دارنا على التأبيد فتصير ذمية وان كانت غير كتابية فان تزوجها ذمي فكذلك الجواب وان تزوجها مسلم لم يجز النكاح وصيرورتها ذمية تكون ضمناً لصحة النكاح ولم يصح النكاح هنا وهذا بخلاف المستأمن في دارنا اذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذمياً لان الرجل ليس بتبع للمرأة في المقام ألا ترى أنه لا يصير مقيما باقامة المرأة والمرأة تصير مقيمة باقامة الزوج ومسافرة بسفره فلهذا افترقا ﴿قال﴾ حربي أسلم وتحته خمس نسوة وأسلمن معه فان كان تزوجهن في عقدة واحدة يفرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقود متفرقة فنكاح الاربع الاول جائز ونكاح الخامسة فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقود متفرقة يخير فيختار أي أربع منهن شاء ويفارق الخامسة وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وكذلك لو كان تحته اختان فأسلمن معه فان

تزوجهما فى عقدة واحدة بطل نكاحهما ولوكان تزوجهما فى عقدين جاز نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية عندهما وقال محمد والشافعى رحمهما الله تعالى يختار أيتهما شاء ويفارق الأخرى واستدل بحديث غيلان بن سلمة أنه أسلم وتحته ثمان نسوة وأسلمن معه فقال صلى الله عليه وسلم اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن وقيس بن حارثة رضى الله عنه أسلم وتحته عشر نسوة وأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يختار أربعاً منهن والضحاك بن فيروز الديلمى أسلم وتحته اختان فقال صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت والمعنى فيه ان هذه حرمة اعترضت فى بعض المنكوحات بعد صحة النكاح فتوجب التخيير دون التفريق كما لو طلق احدى نسائه لابعينها ثلاثا وبيان ذلك ان الانكحة وقعت صحيحة فى الاصل لان حرمة الجمع بخطاب الشرع وقد بينا ان حكم هذا الخطاب قاصر عنهم لاعتقادهم بخلاف ذلك مالم يسلموا ألا ترى أنه لوماتت واحدة منهن أو بانت ثم أسلم وليس عنده الا أربع منهن جاز نكاحهن سواء ماتت الأولى أو الاخيرة واذا ثبت ان الانكحة صحيحة كان العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بمنزلة الحربى اذا كان تحته أربع نسوة فسبي وسبين معه فان العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بالاتفاق وان اختلفنا فى التفريق أو التخيير وفرق محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير بين أهل الحرب وأهل الذمة فقال لو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة كان الجواب كما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لان خطاب الشرع بحكم الشيوع في دار الاسلام يجعل ثابتاً فى حق أهل الذمة وان كنا لانتعرض لهم مالم يسلموا وقد بينا هذا من أصلنا والشافعى رحمه الله تعالى يسوي بين أهل الحرب وأهل الذمة فاما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين فالجمع بين الاختين نكاحا حرام بهذا النص ونكاح الأولى ماحصل الجمع فوقع نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وبنكاح الثانية حصل الجمع فلم يكن نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وانما وجب الاعتراض بعد الاسلام بسبب الجمع اذ لاسبب هنا سوى الجمع فتعين الفساد فى نكاح من حصل الجمع بنكاحها وكان نكاحها فاسدا بحكم الاسلام دون من لم يحصل بنكاحها الجمع وكان نكاحها صحيحا بحكم الاسلام وان تزوجهما فى عقدة واحدة فالجمع حصل بهما ولم يكن ابطال نكاح أحداهما بأولى من الاخرى فبطل نكاحهما بمنزلة الحربية تحت رجلين اذا أسلمت وأسلما معها وكذلك فى نكاح الخمس الحرمة بسبب

الجمع بين ما زاد على الاربع فانما حصل ذلك بنكاح الخامسة فصرف الفساد اليها أولى وان كان تزوجهن في عقد واحد فالجمع حصل بهن جميعا وهذا بخلاف مالو ماتت احداهن أو بانت لان الاعتراض بسبب الجمع بعد الاسلام فلا بد من بقاء الجمع المحرم بعد الاسلام حتى يجب الاعتراض ولم يبق ذلك اذا ماتت احداهما أو بانت وهو نظير مالو تزوج رضيعتين فجاءت امرأة فأرضعتهما بانتا منه ولو أرضعت احداهما فماتت ثم أرضعت الاخرى لم يبطل نكاح الثانية لان الجمع انما يتحقق عند ارضاع الثانية فاذا كانت الاولى فى نكاحه تحقق الجمع بين الاختين وان ماتت أو بانت لم يتحقق الجمع بين الاختين وهذا بخلاف المسبيات فان نكاح الاربع هناك وقع صحيحا بحكم الاسلام على الاطلاق لانه حين تزوجهن كان حرا وللحر أن يتزوج أربع نسوة ثم وجب الاعتراض بسبب الرق الحادث فيه وعند حدوث الرق هن مجتمعات مستويات فلهذا استوى العقد الواحد والعقود المتفرقة بمنزلة الرضيعتين اذا ارضعتهما امرأة بانتا منه وأن تزوجهما في عقدين لان الاعتراض وجب بعد صحة النكاح بالاختية العارضة فيهما وهما مستويان فى ذلك بخلاف ما تقدم على ما بينا والاحاديث التى رويت فقد قال مكحول ان تلك كانت قبل نزول الفرائض معناه قبل نزول حرمة الجمع فوقعت الانكحة صحيحة مطلقا ثم أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باختيار الاربع لتجديد العقد عليهن أو لما كانت الانكحة صحيحة فى الاصل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك مستثنى من تحريم الجمع ألا ترى أنه قال فى بعض الروايات وطلق سائرهن فهذا دليل على أنه لم يحكم بالفرقة بينه وبين ما زاد على الاربع وعلى هذا لو أسلم وتحته بنت وأم فاسلمتا معه فان كان تزوجهما في عقد واحد بطل نكاحهما ثم ان كان لم يدخل بهما فله أن يتزوج البنت دون الام وان كان دخل بهما لم يكن له أن يتزوج واحدة منهما لان الدخول بكل واحدة منهما يوجب حرمة الاخرى بالمصاهرة على التأبيد وان كان دخل بالام فليس له أن يتزوج واحدة منهما لان الام حرمت بعقد البنت والبنت حرمت بالدخول بالام وإن كان دخل بالبنت دون الام فله أن يتزوج البنت دون الام لان بمجرد العقد على الام لا يوجب حرمة البنت وان كان تزوجهما في عقدين فنكاح الأولى جائز ونكاح الثانية فاسد ان لم يدخل بهما وكذلك ان دخل بالاولى فان كان دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتا فسد نكاحهما لان الام حرمت بالعقد على البنت

والبنت حرمت بالدخول بالام وان كانت الاولى امافنكاح البنت صحيح لان الدخول بالبنت يحرم الام والعقد على الام لايحرم البنت فاما على قول محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهما فى عقدة أو في عقدتين فنكاح البنت صحيح لان العقد على الام لايوجب حرمة البنت والعقد على البنت يوجب حرمة الام الاان يكون دخل بالام فحينئذ يفرق بينه وبينهما وهـذا اذا كان دخوله بالام بعد ماتزوج بالبنت فان كان قبل أن يتزوج البنت فنكاح الام صحيح لان الدخول بها يحرم البنت فاذا لم يصح نكاح البنت لاتحرم الام بذلك الا أن يكون دخل بالبنت أيضاً فحينئذ تقع الفرقة بينه وبينهما بالمصاهرة وليس له أن يتزوج واحدة منهما ﴿ قال ﴾ وان أسلم الحربي وامرأته وقد كان نكاحهما بعد ان طلقها ثلاثا قبـل ان تنكح زوجا آخر فرق بينهما لان التطليقات الثلاث تقع فى دار الحرب كما فى دار الاسلام فانهم يعتقدون ذلك وهى سبب حرمة المحل الى وقت إصابة الزوج الثانى بمنزلة الحرمة بالقرابة والرضاع فكما ان ذلك يوجب التفريق بعد الاسـلام فكذلك هنا وكذلك لو جامع أمها أو ابنتها أو قبل واحدة منهما بشهوة لان الحرمة بسبب المصاهرة نظير الحرمـة بسبب الرضاع وذلك يتحقق فى دارالحرب كما يتحقق فى دار الاسلام فهذا مثله ﴿ قال ﴾ واذا أسلم أحد الزوجين فى دارالحرب ولم يكونا من أهل الكتاب أو كانا والمرأة هى التى أسلمت فانه يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض عندنا سواء دخل بها أو لم يدخل بها وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعـد الدخول يتوقف على انقضاء العدة وعنده لايختلف هذا الحكم بدار الحرب ودار الاسـلام ولكنه ينبني على تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده كما ذكرنا فاماعندنا نفس اسلام أحدهما غـير موجب للفرقة ولا كفر من أصر منهـما على الكفر ولا اختلاف الدين نفسه كما بينا فى دارالاسلام الاان فى دار الاسلام يمكن تقرير سبب الفرقة بعرض الاسلام على الآخر منهـما حتى اذا أبى يصيرمفوتا الامساك بالمعروف وفى دار الحرب لايتأتى ذلك لان يد امام المسلمين لاتصل الى المصر منهما ليعرض عليه الاسلام ويحكم بالفرقة عند إبائه فيقام ثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات فى تقرر سبب الفرقة لانه صار غير مريد لها حين لم يساعدها على الاسلام وبعد ماصار غير مريد لها تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض كما لو طلقها الا أن هنالك اذا كان الطلاق قبل الدخول يمكن اثبات الفرقة بنفسه لمباشرة الزوج سبب الفرقـة

وهنا

وهنا لايمكن اثبات الفرقة قبل الدخول بدون انقضاء ثلاث حيض لان الزوج ما باشر شيئا بل بل هو مستديم لما كان عليه فلهذا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض في الوجهين جميعا واذا وقعت الفرقة بذلك فان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول والمرأة حربية فكذلك الجواب لان حكم الشرع لايثبت في حقها فان كانت المرأة هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لايوجب العدة على المسلمة من الحربي وأصل المسئلة في المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة أو ذمية لم تلزمها العدة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا أن تكون حاملا فحينئذ لاتتزوج حتى تضع حملها وان كانت حاملا فلها أن تتزوج في الحال وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تلزمها العدة وحجتهما في ذلك حديث نسيبة أنها لما هاجرت أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد والمعنى فيه أن هذه حرة فارقت زوجها بعد الاصابة فتلزمها العدة كالمطلقة في دارنا وهذا لان وجوب العدة عليها لحق الشرع كيلا يجتمع ماء رجلين في رحمها وهي مسلمة مخاطبة بحق الشرع وهذا بخلاف المسبية فانها ليست بحرة وتأثيره أنها حلت للسابي ومن ضرورة الحكم بحلها للسابي الحكم بفراغ رحمها من ماء الزوج بخلاف ما نحن فيه ولا يقال لماذا يجب الاستبراء على السابي لأنا نقول كما يجب الاستبراء على السابي اذا كانت ثيبا أو منكوحة فكذلك اذا كانت بكرا أولم تكن منكوحة فكذا هذا مع ان هذا دليلنا لان بالاستبراء هناك يحصل المقصود فلا حاجة الى ايجاب العدة عليها بخلاف المهاجرة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن فالله تعالى اباح نكاح المهاجرة مطلقا فتقييد ذلك بما بعد انقضاء العدة يكون زيادة وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وفي ايجاب العدة تمسك بعصمة الكافرة والمعنى فيه انهذه الفرقة وقعت بتباين الدارين فلا توجب العدة عليها كالمسبية هذا لان تباين الدارين حقيقة وحكما مناف للنكاح فيكون منافيا لأثر النكاح فلا تجب العدة لحق الشرع مع وجود المنافي ولا لحق الزوج لانه حربي غير محترم وهو نظير من اشترى امرأته لاتجب العدة لحقه لان الحل الثابت بالملك حقه ولا تجب لحق الشرع لوجود المنافي فاما اذا كانت حاملا فلا نقول تجب العدة عليها ولكنها لاتتزوج مالم تضع حملها لان في بطنها ولد ثابت النسب من الغير وذلك مانع من النكاح كأم الولد اذا حبلت من مولاها ليس له ان يزوجها

حتي تضع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها اذا تزوجت صح النكاح ولكن لايقربها زوجها حتى تضع لانه لاحرمة لماء الحربى كماء الزانى فهو بمنزلة ماء الزانى والحبل من الزنا لايمنع النكاح عندنا ولكن الاول أصح لان الحبل من الزنا لانسب له وهنا النسب ثابت من الحربى وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول فلهذا لايصح النكاح مالم يفرغ المحل من حق الغير ويستوى فى وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج أحدهما مسلماً أوذمياً أو خرج مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً لانه صار من أهل دارنا حقيقة وحكماً في الفصلين وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج أربعاً سواها أو أختها ان كانت فى دار الاسلام لانه لاعدة على التى بقيت فى دار الحرب عندهم جميعاً فكان هذا بمنزلة الفرقة قبل الدخول واذا أسلمت المرأة ثم خرج الزوج مستأمناً فهما على النكاح مالم تحض ثلاث حيض لان المستأمن وان كان فى دارنا صورة فهو من أهل دار الحرب حكما فكأنه باق فى دار الحرب حتى اذا أسلم الزوج قبل ان تحيض فهما على النكاح وان صار الزوج من أهل الذمة قبل ان تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح أيضاحتى اذا خرجت المرأة فهى امرأته حتى يعرض السلطان عليه الاسلام بمنزلة مالو كان الزوج فى الاصل ذميا وكذلك لو كان الزوج هو الذى أسلم فى دار الحرب ثم خرجت اليناذمية قبل أن تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح حتى يعرض السلطان عليها الاسلام فأما اذا خرجا مستأمنين ثم أسلمت المرأة فني رواية هذا الكتاب يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض لان الزوج من أهل دار الحرب فهو بمنزلة ما لو كان فى دار الحرب وفي رواية كتاب الطلاق يقول ان عرض السلطان الاسلام على الزوج فأبى أن يسلم فرق بينهما وان لم يعرض حتى مضى ثلاث حيض تقع الفرقة أيضاً فني حق الدمي يتعين عرض الاسلام وفى حق الحربى في دار الحرب يتعين انقضاء ثلاث حيض وفي حق المستأمن أى الامرين يوجد تقع به الفرقة لان المستأمن من وجه يشبه الذمى لانه تحت يد الامام يتمكن من عرض الاسلام عليه ومن وجه يشبه الحربي لانه متمكن من الرجوع الى دار الحرب فيوفر حظه على الشبهين فلشبهه بالدمي اذا وجد عرض الاسلام عليه تقع به الفرقة ولشبهه بالحربى اذا وجد انقضاء ثلاث حيض أولا تقع به الفرقة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الهبة في النكاح

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه النكاح بلفظة الهبة والصدقة والتمليك صحيح في قول علمائنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لايصح الا بلفظة النكاح والتزويج واستدل بقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية فقد جعل النكاح بلفظة الهبة خالصا للرسول صلوات الله عليه دون غيره من المؤمنين وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيراً فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله التى أمرنا بالاستحلال بها الا نكاح والتزويج وفى قوله اتخذتموهن بأمانة الله اشارة الا ان هذا العقد غير معقود لمقصود اثبات الملك ولهذا انعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهما لايدلان على الملك الا ترى انه لاينعقد بهما شئ من عقود التمليكات ولكن المقصود بالنكاح مالا يحصى من مصالح الدين والدنيا وألفاظ التمليك لاتدل على شئ من ذلك فلا ينعقد بها هذا العقد وهو معنى قولهم هذا عقد خاص فلا ينعقد بغيره الا ترى ان الشهادة لما شرعت بلفظ خاص لمعنى وهو انها موجبة بنفسها كما أشار الله تعالى اليه فى قوله شهد الله انه لااله الا هو لم يقم لفظ آخر مقام هذا اللفظ حتى لو قال الشاهد احلف لايصح أداء الشهادة به والدليل عليه ان التزويج هو التعليق والنكاح هو الضم وليس فيهما مايدل على الملك وليس فى التمليك معني التلفيق والضم فلا ينعقد هذا اللفظ بالفاظ التمليك وكيف ينعقد النكاح بهذا اللفظ والفرقة تقع به اذا قال لامرأته وهبت نفسك منك كان بمنزلة لفظ الطلاق مع ان النكاح لايصح الا بشهود وعند ذكر لفظ الهبة الشهود لايعرفون انهما أرادا النكاح وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم الآية معناه ان أراد النبي ان يستنكحها فوهبت نفسها منه فقد جعل الله تعالى الهبة جوابا للاستنكاح والاستنكاح طلب النكاح وأما قوله خالصة لك فقد قيل المراد به المرأة يعنى انها خالصة لك فلا تحل لاحد بعدك حتى يكون شريكك في الفراش من حيث الزمان كما قال الله تعالى في آية أخرى وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولاأن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا والاصح ان المراد هبة خالصة لان قوله ان وهبت يقتضى هبة والكناية تنصرف الى الثابت بمقتضى الكلام فيكون المعنى هبة خالصة لايلزمك مهر لها وهذا لك دون المؤمنين. ألا ترى أنه قال

تدعلنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم يعنى من الابتغاء بالمال والدليل عليه أنه قابل الموهوبة نفسها بالمؤتى مهرها بقوله انا أحللنا لك أزواجك الآية وكذلك قال فى آخر الآية لكي لايكون عليك حرج وهو نص على أن الخصوصية لدفع الحرج عنه وذلك ليس في اللفظ اذ لاحرج عليه فى ذكر لفظ النكاح انما الحرج في ابقاء المهر مع ان المذكور لفظة الهبة فى جانب المرأة لا فى جانب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا ان المراد الخصوصية بجواز نكاحه بغير مهر وإمامنافي المسئلة على رضوان الله عليه فان رجلا وهب ابنته لعبيد الله بن الحر بشهادة شاهدين فأجاز ذلك على رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه ان هذا ملك يستباح به الوطء فينعقد بلفظ الهبة والتمليك كملك اليمين وهذا كلام على سبيل الاستدلال لاعلى سبيل المقايسة لان صلاحية اللفظ كناية عن غيره وليس بحكم شرعى ليعرف بالقياس بل طريق معرفة ذلك النظر في كلام أهل اللغة وهذه اشارة الى مذهبهم فى الاستعارة لانهم يستعيرون اللفظ لغيره لاتصال بينهما من حيث السببية كما قال الله تعالى انى أرانى أعصر خمراً أى عنباً بالعصر يصير خمراً ويسمى المطر سماء لانه ينزل من السماء وما يكون من علو فالعرب تسميه سماء وكذلك النبات يسمى سماء لانه ينبت بسبب المطر فانهم يقولون ما زلنا نطأ السماء حتى أتيناكم واذا ثبت هذا فنقول هذه الالفاظ سبب لملك الرقبة وملك الرقبة فى محل ملك المتعة موجب لملك المتعة فللاتصال بينهما سبباً يصلح هذا اللفظ كناية عن ملك المتعة والمقصود من النكاح ملك المتعة دون ما سواه من المقاصد ألا ترى أنه يختص به الزوج حتى يجب البدل عليه وسائر المقاصد يحصل لهما وان ملك الطلاق الرافع لهذا الملك يختص به الزوج فعرفنا أن المقصود هو الملك دون ما توهمه الخصم وانما العقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما لفظان جعلا علماً لهذا العقد بالنص واعتبار المعنى في غير المنصوص عليه فأما فى المنصوص لايعتبر المعنى مع أنهما لفظان لايجاب ملك ما ليس بمال فلهذا لا تأثيرلهما فى اثبات ملك المال ومتى صاراللفظ كناية عن غيره سقط اعتبار حقيقته وقام مقام اللفظ الذى جعل كناية عنه والشرط سماع الشاهدين اللفظ الذى ينعقد به النكاح فأما وقوفهما على مقصود المتعاقدين ليس بشرط مع أنه اذا قال وهبت ابنتي منك بصداق كذا فالشهود يعلمون أنه أراد النكاح وكما أن الفرقة تحصل بلفظ الهبة تحصل بلفظ الزوجية اذا قال لامرأته تزوجى ونوى به الطلاق يقع ولم يدل ذلك على أنه لاينعقد به

النكاح فأما لفظ البيع فالصحيح أنه ينعقد به النكاح واليه أشار فى كتاب الحدود قال اذا زنى بامرأة ثم قال تزوجتها أو اشتريتها وهذا للفقه الذى بينا أن البيع يوجب ملكا هو سبب لملك المتعة فى محله وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله تعالى يقول لاينعقد النكاح بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال فأما لفظة الاجارة لاينعقد بها النكاح لانها غير موجبة ملكا يستفاد به ملك المتعة فانها توجب ملك المنفعة وبملك المنفعة لايستفاد ملك المتعة ويحكى عن الكرخى رحمه الله تعالى أنه كان يقول ينعقد به لان المستوفى بالنكاح منفعة فى الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض فى النكاح أجراً بقوله عزوجل فآتوهن أجورهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الاجارة ولكن هذا فاسد فان الاجارة شرعا لا تنعقد الا مؤقتا والنكاح لا ينعقد الا مؤبداً فبينهما مغايرة على سبيل المنافاة فأما لفظ الوصية لاينعقد به النكاح لانه لايوجب الملك بنفسه بل موجبه الخلافة مضافة الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى مابعد الموت لا يصح أيضاً فان قيل الهبة أيضاً لاتوجب الملك مالم ينضم اليه القبض قلنا الهبة لاتوجب اضافة الملك ولكن لضعف فى السبب لتعريه عن العوض يتأخر الملك الى أن يتقوى بالقبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل فى النكاح لان العوض يجب به بنفسه ولهذا جاز استعماله فى حق الصغيرة والكبيرة فلهذا كان موجبا ملك النكاح بنفسه مع ان المملوك بالنكاح بنفس العقد يصير كالمقبوض ولهذا لوماتت عقيب العقد تعذر البدل فكان هذا بمنزلة هبة عين فى يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه فأما لفظ الاحلال والتمتع لايوجب ملكا أصلا فان من أحل لغيره طعاما أو أذن له ان يتمتع به لايملكه وانما يتلفه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ فى موضع النكاح لايثبت به الملك واما الاعارة فكذلك فانه لايوجب ملكا يستفاد به ملك المتعة والاقراض في معنى الاعارة مع ان الاقراض فى محل ملك المتعة لايصح لان محل ملك المتعة الآدمى والاستقراض فى الحيوان لايجوز فلهذا لاينعقد النكاح بهذه الالفاظ بخلاف لفظة الهبة والصدقة ولكن باعتبار هذه الالفاظ تنعقد الشبهة فيسقط به الحد ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل عند الدخول ﴿ قال ﴾ ولو قال أتزوجك بكذا فقالت قد فعلت فهو بمنزلة قولها قد تزوجتك لانها أخرجت الكلام مخرج الجواب لخطابه فيصير ماتقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولا

يحتاج الى ان يقول الزوج قبلت بخلاف البيع على ما بيناه فيما سبق وذكر في النوادر انه اذا قال جئتك خاطباً فقالت قد فعلت أو زوجتك نفسى كان نكاحا تاما وفى الكتاب يقول اذا قال خطبتك الى نفسك بكذا فقالت زوجتك نفسى فهو نكاح جائز اذا كان بمحضر من الشهود لان هذا كلام الناس وليس بقياس معناه انه بلفظ الخطبة لاينعقد النكاح في القياس لان الخطبة غير العقد ولكنه استحسن فقال المراد به في عادة الناس العقد فلاجل الفرق الظاهر جعلنا ذلك بمنزلة النكاح استحسانا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المهور

﴿ قال ﴾ وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ولها مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط ان دخل بها أو مات عنها وهذا مذهبنا ان مهر المثل يجب للمفوضة بنفس العقد وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى وفى القول الآخر لايجب المهر بنفس العقد وانما يجب بالتراضى أو بقضاء القاضى حتي اذا مات أحدهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده ومشايخهم رحمهم الله تعالى مختلفون فيما اذا دخل بها وأكثرهم على انه يجب المهر بالدخول ومنهم من يقول لايجب بالدخول أيضاً واحتج بحديث عمر وعلي وابن عمر وزيد رضى الله عنهم أنهم قالوا حسبها الميراث ولا مهر لها والمعنى فيه أنها جادت بحقها وهي من أهل الجود فيصح منها كما لو وهبت شيئاً من مالها وهذا لان المستوفي بالنكاح اما أن يكون في حكم المنفعة كما هو مذهبي أو في حكم العين كما هو مذهبكم فان كان فى حكم العين فبدله بمنزلة أرش الطرف يخلص حقاً لها ويسقط باسقاطها وان كان بمنزلة المنفعة فبدل المنفعة لها والدليل عليه أنها تملك الابراء عن المهر والشراء به شيئاً وبهذا الطريق قال بعضهم انه وان دخل بها لا يجب المهر لانها كما رضيت بثبوت الملك عليها بغير عوض فقد رضيت بالاستيفاء من غير عوض وأكثرهم على أن فيما يجب بالاستيفاء معنى حق الشرع ألا ترى أن ما يجب بالاستيفاء من العقوبة وهو حد الزنا يكون خالص حق الشرع فكذلك المال الذى يجب عند الاستيفاء لا يسقط برضاها بالاستيفاء بغير عوض والى هذا أشار الله تعالى فى قوله فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولان المعاوضة فى النكاح بين الزوجين حتى لا ينعقد النكاح الا بذكرهما فأما المهر ليس بعوض أصلى ولكنه زائد وجب لما

بازاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة ومثل هذا يحتمل التعجيل والتأجيل ولكن النكاح كما لا ينعقد الا موجبا لهذا الملك عليها لا ينعقد الا بشرط التعويض فتارة يتعجل العوض بالتسمية وتارة يتأخر الى التأكد بالدخول أو الفرض بالتراضي أو بالقضاء ألا ترى أن ملك اليمين تارة يثبت بعوض واجب بنفس العقد وتارة بشرط التعويض وان لم يكن واجباً بنفس السبب والدليل عليه أن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وما كان واجباً بنفس العقد يتنصف كالمسمى وحجتنا فى ذلك ماروى أن سائلا سأل ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عن هذا فجعل يردده شهراً ثم قال أقول فيه بنفسى فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمن ابن أم عبد . وفى رواية فمنى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان أو معقل بن يسار وأبو الجراح صاحب الاشجعيين رضوان الله عليهم فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضيتك هذه فسر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه بذلك سروراً لم يسر قط مثله بعد اسلامه لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى روى أن عليا رضي الله تعالى عنه رد هذا الحديث وقال ماذا نصنع بقول اعرابى بوال على عقبيه انما رده لمذهب تفرد به وهو أنه كان يحلف الراوى ولم ير هذا الرجل حتى يحلفه ولسنا نأخذ بذلك والمعنى فيه ان النكاح عقد معاوضة بالمهر فاذا انعقد صحيحاً كان موجباً للعوض كالبيع وكما لو زوج الاب ابنه بغير مهر وبيان الوصف قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يعنى تبتغوا ملك النكاح على النساء بالمال وحرف الباء يصحب الاعواض فدل أن العوض الاصلى هو المهر والدليل عليه أنه يثبت لها حق المطالبة بالفرض والفرض عبارة عن التقدير والمطالبة بالتقدير تنبنى على وجوب الاصل ففى كل موضع لم يجب الاصل بالعقد لا تثبت المطالبة بالتقدير كما فى ملك اليمين بطريق الهبة فعرفنا أن أصل الوجوب بالعقد شرعا واليه أشار الله تعالى فى قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم أضاف الى نفسه وبين خصوصية النبى صلى الله عليه وسلم بالنكاح بغير مهر فذلك دليل على انه فى غيره لا ينعقد الا موجبا للمهر واليه أشار أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه بقوله لا نكاح الا بمهر وشهود الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم والدليل عليه انها تحبس نفسها لاستيفاء المهر ولا تحبس المبدل الا ببدل واجب

وان بعد الدخول بها يجب ولا وجه لانكاره لانه منصوص عليه فى القرآن والدخول تصرف في الملك فاذا ثبت الملك بغير عوض لايجب العوض بالتصرف فيه بعد ذلك ولا معنى لما يقول ان الملك يثبت بشرط التعويض لان هذا العقد لا ينعقد الا بمعاوضة المال اظهاراً لخطر هذا الملك وهنا اظهار الخطر انما يظهر اذا وجب البدل بنفس الملك فكما ان الملك لايحتمل التأخر عن حالة العقد فكذلك وجوب البدل الا فى حق من قصر عنه حكم هذا الخطاب وهم أهل الذمة كما بينا والطلاق قبل الدخول مسقط لانه رفع للعقد من الاصل فيكون مسقطا للعوض وسقوط العوض عند وجود المسقط لايكون دليلا على أنه لم يكن واجبا بالعقد وتنصف المسمى بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس وكان المعنى فيه أن المسمى تأكد بالتسمية والعقد جميعا فلتأكده لايسقط كله لا بالطلاق ولا بالموت والنفقة ضعيفة من كل وجه لانها لاتجب بالتسمية ولا بنفس العقد وتسقط بالطلاق والموت جميعا ومهر المثل ضعيف من كل وجه لانه غير مسمى فى العقد وقوي من وجه لانه واجب بنفس العقد فلقوته من وجه لايسقط بالموت ولضعفه من وجه يسقط كله بالطلاق قبل الدخول اذا عرفنا هذا فنقول نساؤها اللاتى يعتبر مهرها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات عماتها عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى أمها وقوم أمها كالخالات ونحو ذلك لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء ولكنا نقول قيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى أن الام قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها الا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها لا لانها أمها بل لانها بنت عم أبيها وانما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها فى الحسن والجمال والسن والمال والبكارة لان المهور تختلف باختلاف هذه الاوصاف قال صلى الله عليه وسلم تنكح المرأة لمالها وجمالها الحديث وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة من بلدتها ولا يعتبر مهرها بمهر عشيرتها فى بلدة أخرى لان المهور تختلف باختلاف البلدان عادة وفى الحاصل مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته قال فان فرض لها الزوج بعد العقد مهراً فرضيت به أو رافعته الى القاضى ففرض لها مهراً فهو سواء ولها ذلك ان دخل بها أو مات عنها وان طلقها قبل أن يدخل

بها

بها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول لها نصف المهر المفروض بعد العقد وهذا والمسمى في العقد سواء ثم رجع فقال لها المتعة وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان الفرض بعد العقد يقدر بمهر المثل وقد بينا ان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان تنصف المسمى في العقد بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس والمفروض بعد العقد ليس في معناه لأنه وان استند حكمه الى وقت العقد لا يصير كالمسمى في العقد وعلى هذا لو تزوجها على مهر مسمى ثم زادها في المهر بعد العقد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول تتنصف الزيادة والأصل بالطلاق لان الزيادة بعد العقد مثل المسمى في العقد قال الله تعالى ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أى من فريضة بعد الفريضة وفي قوله الآخر لا يتنصف بالطلاق الا المسمى في العقد خاصة لقوله تعالى فنصف مافرضتم أى سميتم في العقد فاما الزيادة بعد العقد تسقط كلها بالطلاق وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى

﴿ قال ﴾ واذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف وقالت المرأة ألفان ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج الا ان يأتي بشئ مستنكر جداً وجه قولهما انهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة كما لو اختلفا في بدل الخلع والعتق بمال ولا معنى للمصير الى تحكيم مهر المثل لان وجود مهر المثل عند عدم التسمية وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى وذلك مانع وجوب مهر المثل ولا معنى للتحالف بينهما لان التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ والدليل عليه انه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مايقوله الزوج ولا يصار الى تحكيم المتعة فكذا في حال قيام العقد لان المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه الا بتسمية صحيحة فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير الى الموجب الأصلي كالصباغ ورب الثوب اذا اختلفا في الاجر فانه يصار الى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى وهذا بخلاف القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجر لانه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فانه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم فيشبه البيع من هذا الوجه فاذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف

بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال وأما اذا طلقها قبل الدخول يصار الى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع ووضع المسئلة فيما اذا كان الاختلاف بينهما في المائة والمائتين فأما في كتاب النكاح فانه وضع المسئلة فيما اذا كان الاختلاف في الالف والالفين والمتعة لا تزيد على خمسمائة فلهذا قال لها نصف ما يقوله الزوج على أنه يجوز أن يصار الى مهر المثل قبل الطلاق ولا يصار الى المتعة بعد الطلاق كما اذا تزوجها على ألف وكرامة يكون لها نصف الالف بعد الطلاق ويكون لها كمال مهر المثل قبل الطلاق اذا لم يف بما شرط لها من الكرامة وفي معنى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الا أن يأتي بشئ مستنكر جداً قولان لمشايخنا أحدهما أن يدعى ما دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر أقل من عشرة دراهم والاصح أن مراده أن يدعى شيئاً قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضاً فيما اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشتري الا أن يأتي بشئ مستنكر جداً وليس في الثمن تقدير شرعا وأما بيان قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فقد كان الكرخي يقول يتحالفان في الابتداء ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك وكان أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى يقول يحكم مهر المثل أولا فان كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر يشهد لها وان كان ألف درهم أو أقل فالقول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشهد للزوج وان كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة فحينئذ يتحالفان ثم يقضى لها بمقدار مهر مثلها لان المصير الى التحالف اذا لم يمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له وذلك في هذا الموضع والأصح ماذكره الكرخي رحمه الله تعالى لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك انما يكون بعد التحالف فان مايدعى كل واحد منهما من المسمى ينتفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل فعرفنا أنه لابد من المصير الى التحالف في الابتداء وأصل النكاح وان كان لايحتمل الفسخ بالتحالف فالتسمية تحتمل الانتفاء فاذا تحالفا نظر الى مهر مثلها فان كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان ألفا أو أقل فلها الالف لاقرار الزوج به وان كان ألفا وخمسمائة فلها مهر المثل وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته لانه نور دعواه بالحجة فان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وكذلك لو مات أحدهما قبل أن يتفقا ثم وقع الاختلاف

بين الحي وورثة الميت فهو وورثة الميت على ما ذكرنا لان الوارث يقوم مقام المورث فأما اذا ماتا معا فهنا فصلان (أحدهما) أن يتفق الورثة انه لم يكن في العقد تسمية (والثاني) أن يختلف الورثة في المسمى أما في الاول فانه يقضى لورثتها في تركة الزوج بمهر المثل في القياس وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان مهر المثل وجب بنفس العقد كالمسمى فكما لا يسقط المسمى بعد موتهما فكذلك مهر المثل ألا ترى ان بعد موت أحدهما لا يسقط مهر المثل وورثة الميت يقومون مقامه في ذلك فكذلك بعد موتهما واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال لا يقضى بشيء واستدل في الكتاب فقال أرأيت لو ادعى ورثة على رضي الله عنه على ورثة عثمان رضي الله عنه مهر أم كلثوم اكنت تقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما يفوت هذا بعد تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما يقضى بمهر مثلها والطريق الآخر ان المستحق بالنكاح ثلاثة أشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل وهو متوسط على ماقررنا فالمسمى لقوته لا يسقط بموتهما وموت أحدهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت أحدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فيسقط بموتهما ولا يسقط بموت أحدهما لان ماتردد بين أصلين يوفر حظه عليهما ألا ترى أن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت أحدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم على أنه يسقط بموتهما فاما اذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى بعد موتهما فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يصار الى تحكيم مهر المثل لان من أصله ان مهر المثل لا يسقط بموتهما فيكون هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشيء مستنكر جداً كما لو وقع الاختلاف في حياتهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج أيضاً لان مهر المثل عنده لا يبقى بعد موتهما فلا يمكن المصير الى التحالف وتحكيم مهر المثل فيبقى ظاهر الدعوى والانكار فيكون القول قول ورثة الزوج الا أن يقوم لورثة المرأة بينة على ماادعوا من المسمي فحينئذ يقضى بذلك ويستوى في هذا كله ان دخل بها أولم يدخل بها لان ماقبل الدخول انما يفارق مابعد الدخول عند الطلاق أما عند الموت لافرق لان النكاح ينتهي بالموت ﴿قال﴾ واذا تزوجها على بيت وخادم فلها من ذلك خادم وسط

وبيت وسط والكلام هنا في فصول أحدها أن تسمية الخادم في النكاح صحيح عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح وكذلك لو تزوجها على عبد مطلق أو على أمة فلها عبد وسط أو أمة وسط فان اتاها بالعين أجبرت على القبول وان آتاها بالقيمة أجبرت على القبول وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا تصح التسمية لان النكاح عقد معاوضة فيكون قياس البيع والعبد المطلق لا يستحق بعقد البيع عوضا فكذلك بالنكاح وهذا أصل للشافعي رحمه الله تعالى ان كل مالا يصح مسمى عوضاً في البيع لا يستحق في النكاح لان المقصود بالمسمى مهرا المالية وبمجرد ذكر الجنس بدون بيان الوصف لا تصير المالية معلومة فلا يصح التزامه بعقد المعاوضة لبقاء الجهالة والغرر فيه . ألا ترى أنه لو سمى ثوبا أو دابة أو داراً لم تصح التسمية فكذلك اذا سمى عبداً وحجتنا في ذلك أن المهر انما يستحق عوضاً عما ليس بمال والحيوان يثبت ديناً في الذمة مطلقاً في مبادلة ماليس بمال . ألا ترى أن الشرع أوجب في الدية مائة من الابل وأوجب في الجنين غرة عبداً أو أمة فاذا جاز أن يثبت الحيوان مطلقا دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال شرعا فكذلك يثبت شرطاً وهذا لان في معنى المالية هذا مال ملتزم ابتداء والجهالة المستدركة في التزام المال ابتداء لا تمنع صحته كما في الاقرار فان من أقر لانسان بعبد صح اقراره الا أن هناك لا ينصرف الى الوسط عند محمد رحمه الله تعالى لان المقر به عينه ليس بعوض وهنا عين المهر عوض وان كان باعتبار صفة المالية هذا التزام مبتدأ فلكونه عوضاً صرفناه عند اطلاق التسمية الى الوسط ليعتدل النظر من الجانبين كما أوجب الشرع في الزكوات الوسط نظراً الى الفقراء وأرباب الاموال وبكونه ما لا يلتزم ابتداء لا تمنع جهالة الصفة صحة الالتزام ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين وللاعتبار بما أوجبه الشرع من الدية فان ذلك يتردد بين الابل والدراهم والدنانير ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول لو لم تصح التسمية احتجنا الى ايجاب مهر المثل لان بفساد التسمية لا يبطل النكاح كما لا يبطل بترك التسمية وكل جهالة في المسمى اذا كانت دون جهالة مهر المثل فذلك لا يمنع صحة التسمية لان بعض الجهالة يرتفع بهذه التسمية وكل جهالة هي مثل جهالة مهر المثل أو فوق جهالة مهر المثل تمنع صحة التسمية لانه لا يحصل به شئ من الاعلام فجهالة العبد المسمى جهالة الصفة دون الجنس فأما جهالة مهر المثل جهالة جنس فصححنا فيه التسمية ليحصل بها التعرف

من بعض الجهالة فأما جهالة الثوب فوق جهالة مهر المثل لان اسم الثوب يتناول أجناساً مختلفة من القطن والكتان والابريسم وغير ذلك وكذلك جهالة الدابة لانها تتناول أجناساً مختلفة وكذلك جهالة الدار لانها تختلف باختلاف البلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فكانت تلك الجهالة فوق جهالة مهر المثل فلهذا لم تصح التسمية ووجب المصير الى مهر المثل وبه فارق البيع فانا لو لم نصحح التسمية مع جهالة الوصف هناك لا نحتاج الى ايجاب جهالة أخرى لانه يفسد البيع ويعود اليه عوضه وهو معلوم فاما اذا سمى في المهر بيتاً فالمراد منه متاع البيت عادة دون البيت المسمى وهذا معروف بالعراق يتزوج على بيت أو بيتين فيريدون متاع البيت مما تجهز به تلك المرأة وينصرف الى الوسط من ذلك لاعتبار معنى المعاوضة على ماقلنا ثم قال أبو حنيفة رضي الله عنه قيمة البيت أربعون درهماً وقيمة الخادم أربعون ديناراً وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو على قدر الغلاء والرخص وليس هذا باختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قصر فتواه على ماشاهده في زمانه وهما زادا على ذلك وبينا الفتوى في الاوقات والامكنة كلها والأمر على ماقالا فان القيم تختلف باختلاف الغلاء والرخص ﴿قال﴾ والوسط من الخادم السندي وهذا لان أرفع الخدم الاتراك وأدنى الخدم الهنود فالسندي هو الوسط فيما بين ذلك ولكنه في بلادنا قلما يوجد السندي فالوسط أدنى الاتراك واعلى الهنود ﴿قال﴾ وان كان تزوجها على وصيف أبيض فلها خمسون ديناراً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا أيضاً بناء على ماشاهد في زمانه من التفاوت بين قيمة الوسط والجيد وذلك يختلف باختلاف الغلاء والرخص ولكن في زمانه كان هذا التفاوت بقدر عشرة دنانير فلهذا قدره به وان اعطاها وصيفاً أبيض لايساوى ذلك فهو جائز لانه وفى لها بما شرط واعتبار القيمة عند اختياره اداء القيمة فاما اذا اختار اداء العين فلا معتبر بالقيمة ﴿قال﴾ وان كانا من أهل البادية وقد تزوجها على بيت فلها بيت من شعر من بيوت أهل البادية وان تزوجها على خادم فلها خادم وسط مما يعرف هناك لان المعتبر في التسمية العرف ألا ترى أنه لو اشترى بدراهم مطلقاً ينصرف الى نقد البلد للعرف فهنا في كل موضع يعتبر العرف أيضاً والمتعارف من تسمية البيت مطلقا فيما بين أهل البادية البيت من الشعر وفيما بين أهل الامصار متاع البيت فصرفنا التسمية الي ذلك في كل موضع ﴿قال﴾ وان تزوجها على شئ بعينه ولم تره فليس لها في ذلك خيار الرؤية لان عدم الرؤية

لما لم يمنع ثبوت صفة اللزوم فيما هو المقصود بهذا العقد وهى المنكوحة فكذلك فى عوضه وكان المعنى فيه ان الفائدة فى اثبات خيار الرؤية أن يتمكن به من إعادة العوض الذى خرج منه اليه وهذا فى البيع يحصل لانه ينفسخ بالرد وفى النكاح لايحصل لانه لاينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولكن تجب القيمة والقيمة غير مرئية كالعين فعرفنا أنه لا يستدرك بالرد فائدة وكذلك لاترد الصداق بالعيب الا أن يكون فاحشا عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى كل عيب يرد به فى البيع يرد به فى الصداق وهو بناء على أصل بيناه وبينه ان عنده بالرد بالعيب تبطل التسمية فيجب مهر المثل وعندنا لاتبطل التسمية ولكن تجب قيمة المسمى فان كان العيب يسيراً لانستدرك بالرد فائدة اذلا فرق بين عين الشئ وبه عيب يسير و بين قيمته واذا كان العيب فاحشاً فتستدرك بالرد فائدة لانها ترجع بقيمته صحيحاً وهذا هو حد الفرق بين اليسير والفاحش ان كل عيب ينقص من المالية مقدار مالا يدخل تحت تقوم المقومين فى الاسواق فهو عيب فاحش واذا كان ينقص بقدر مايدخل بين تقويم المقومين فهو عيب يسير وحجته لاثبات أصله ان الصداق مال مملوك بعقد معاوضة وهو مما ينفصل عن أصل العقد فتبطل التسمية بالرد كالبيع ولكن إبطال التسمية فى النكاح لايبطل النكاح كانعدام التسمية فى الابتداء ولكنا نقول السبب الموجب للمسمى هو العقد فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم العين كما التزم فتجب قيمته كالمغصوب اذا أبق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق قبل التسليم عندنا لاتبطل التسمية ولكن يجب على الزوج مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وعند الشافعى رحمه الله تعالى تبطل التسمية كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض فيكون لها مهر مثلها وبعض أصحابه يقول لاتبطل التسمية بالهلاك عندنا ولكن يجب قيمة المسمى لتعذر تسليم العين فأما الرد بالعيب لايكون الا لرفع تلك التسمية فتبطل به التسمية وعلى هذا لو استحق المسمى بعينه لاتبطل التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وبالاستحقاق لاتنعدم المالية ولكن يتعذر التسليم فيكون بمنزلة الهلاك فى انه يجب قيمته على الزوج ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج أجر الصداق فالاجر له لان الصداق فى يده مضمون بنفسه كالمغصوب والغاصب اذا أجر المغصوب فالاجر له ولكن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث فكذلك الزوج وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه

الله تعالى الاجر لها بناء على أصله ان المنافع عنده مال والاجر بدل ماهو مال لها فيكون بمنزلة العقر وأرش الطرف وعندنا المنافع ليست بمال متقوم وانما تتقوم بالعقد والعاقد هو الزوج فكان الاجر له لانه بعقده صير ماليس بمتقوم من ملك الغير متقوما فهو كمن صنع كوزاً من تراب غيره وباعه يكون الثمن له ﴿ قال ﴾ فان ولدت أو اكتسبت مالا قبل التسليم فذلك كله للمرأة معها والحاصل أن الزيادة فى الصداق قبل القبض نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة كالسمن في الجارية وانجلاء البياض عن العين والزيادة المنفصلة اما متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وإما غير متولدة من العين كالكسب والغلة وذلك كله يسلم للمرأة اذا دخل بها الزوج أو مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة وأما اذا طلقها قبل الدخول بها فالزيادة المتولدة منفصلة كانت أومتصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانها فى حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض فاما الكسب والغلة لاتتنصف بالطلاق قبل الدخول بل يسلم الكل لها في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأما فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تتنصف مع الاصل وكذلك لوجاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى يبطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يدور الكسب مع الاصل وكذلك المبيع قبل القبض اذا اكتسب كسبا ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يسلم الكسب للمشترى وعندهما هو للبائع وحجتهما فى ذلك ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون قياس الولد فكما لايسلم ذلك لها بعد مابطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل بحكم انفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو غير متولدة فبعد ماانفسخ سبب الملك لها في الاصل لايبقى سبباً لملك الزيادة لها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول السبب الذى به ملكت الكسب لم ينفسخ فيبقى ملك الكسب لها كما قبل الطلاق وبيان ذلك أن سبب ملك الكسب إما قبول العبد الهبة أو اجارته نفسه اواكتسابه من حيث الاحتطاب والاحتشاش وشيء من هذه الاسباب لاينفسخ بالطلاق وتأثيره أن الاكتساب يوجب الملك للمكتسب ولكن اذا لم يكن

المكتسب من أهل الملك فمن يخلفه وهو مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب ثم ببطلان ملكه فى الاصل بعد ذلك لا يتبين أنه لم يخلفه فى الملك بذلك السبب وليس الكسب بمنزلة الزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الأصل يسرى اليه ملك الأصل الا ان يكون مملوكا بسبب حادث ألا ترى ان ولد المكاتبة يكون مكاتباً وكسبها لا يكون مكاتباً وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعاً يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسب المبيع لا يكون مبيعا فلا يقابله شىء من الثمن وان قبض مع الأصل فظهر الفرق بينهما وكذلك لو قبضت المرأة الأصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها يتنصف الأصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة حادثة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت الزيادة فى يدها ثم طلقها قبل الدخول فان كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالماً لها وان لزمها رد الاصل أو بعضه كالمبيع اذا اكتسب فى يد المشترى ثم رد الاصل بالعيب يبقى الكسب سالماً له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق فى ضمانها فمنفعته تسلم لها والكسب بدل المنفعة فاما اذا كانت الزيادة متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار يمنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها ولكن للزوج عليها نصف قيمة الاصل أوجميع قيمته يوم دفع اليها وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يتنصف الاصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لايتأكد ملكها مالم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق أو الكل اذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق الى الزيادة بمنزلة المشتراة شراء فاسداً اذا قبضها المشترى وازدادت زيادة منفصلة فان البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال فى الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الاصل وعند ردتها يسترد منها الاصل مع الزيادة لان الردة تفسخ السبب مع الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بسبب فساد البيع وهناك حكم الرد يثبت فى الاصل والزيادة فاما الطلاق حل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج فى الزيادة التى لم تكن فى ملكه ولا في يده ويتعذر

تنصف الزيادة يتعذر تنصف الاصل ووجه ظاهر الرواية انها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها بالقبض فالزيادة حدثت على ملك تام لها وحكم التنصف عند الطلاق انما يثبت فى المفروض فى العقد والزيادة ما كانت مسماة في العقد لاحقيقة ولا حكما اذا لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهى جزء من العين فيتعذر تنصفها يتعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة فى المبيع تمنع رد الاصل بالعيب اذا كان حادثا بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة فى الموهوب فانه لايمنع الواهب من الرجوع فى الاصل لان الهبة عقد تبرع فاذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز ان تسلم الزيادة له أيضاً بغير عوض فاما البيع والنكاح معاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا حكم الرد فى الاصل بقيت الزيادة سالمة بغير عوض وهو جزء من الاصل فلا يجوز أن يسلم الملك بغير عوض بعد رفع عقد المعاوضة بينهما فاذا تعذر تنصيف الاصل وجب عليها نصف القيمة للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر السبب الموجب له وانما دخل الصداق في ضمانها بالقبض فلهذا كان المعتبر القيمة وقت القبض فأما اذا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل أن يدخل بها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى هذا والزيادة المنفصلة سواء وللزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يتنصف الاصل بزيادته وحجتهما في ذلك أن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها فى عقود المعاوضات كما فى البيع لو اشترى جارية بعبد وقبض الجارية فازدادت زيادة متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشترى بعيب يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لان الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة الشعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة الشعر فكذلك فى الصداق وهذا بخلاف الموهوبة فان الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق فى العين حتى تسرى الى الزيادة واذا تعذر الرجوع فى الزيادة تعذر فى الاصل لان الاصل لا ينفصل عن الزيادة فأما قبضها الصداق قبض ضمان وثبوت الضمان لحق الزوج فبه يتبين بقاء حق الزوج في الاصل فيسرى الى الزيادة كما في البيع وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح تام لها

فيكون سالمًا لها بكل حال كالزيادة المنفصلة واذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الاصل لما قال محمد رحمه الله تعالى والدليل عليه أن الصداق فى حكم الصلة من وجه لانها تملكه لا عوضًا عن مال يستحق عليها والزيادة المتصلة فى الصلات تمنع رد الاصل كالموهوب وتأثير الزيادة المتصلة في الصلات أكثر من تأثير الزيادة المنفصلة حتى أن الزيادة المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الاصل فالمتصلة أولى وأما البيع فالصحيح أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى كالزيادة المنفصلة ولو كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها الزوج قبل الدخول يتنصف الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار رد نصف الاصل مستحقًا عليها فيسرى ذلك الى الزيادة كالمشترى شراء فاسدًا يرد بزيادته المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق فأما حكم النقصان فان تعيب الصداق فى يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمرأة لان العيب اليسير لو كان موجودًا وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه فكذا اذا حدث بعد العقد قبل القبض وعن زفر رحمه الله تعالى انه يثبت لها الخيار أيضا لانه تغير عليها شرط العقد فانها استحقت الصداق بصفة السلامة وبالتعيب قد تغير ولكن هذا ينبني على قوله في العيب الموجود وقت العقد ان يثبت لها الخيار أيضا اذ لا فرق بينهما فاما اذا حدث بالصداق عيب فاحش فى يد الزوج فهو على خمسة أوجه (أحدها) ان يكون العيب بآفة سماوية فيثبت لها الخيار ان شاءت رجعت بقيمة الصداق يوم تزوجها على الزوج وان شاءت أخذت المعيب ولا شئ لها من ضمان النقصان لان الزوج عجز عن تسليم الصداق سليما كما أوجبه العقد فيثبت لها الخيار واذا أرادت رجعت بالقيمة لانه تعذر تسليم العين مع بقاء السبب الموجب له فان اختارت الأخذ فلا شئ لها من ضمان النقصان على الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد والاوصاف لا تكون مضمونة بالعقد وعن زفر رحمه الله تعالى ان لها ان تضمن الزوج النقصان لان الصداق مضمون في يد الزوج بنفسه كالمغصوب اذا تعيب فى يد الغاصب كان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين ولكنا نقول المغصوب مضمون بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض (والثانى) ان يكون التعيب بفعل

الزوج فيكون لها الخيار للتغير وان اختارت الأخذ ضمنت الزوج النقصان وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه ليس لها حق تضمين النقصان لانه مضمون على الزوج بالعقد فكان بمنزلة المبيع والبائع اذا عيب المبيع قبل القبض لا يلزمه ضمان النقصان للمشترى فهذا مثله ووجه ظاهر الرواية ان الزوج أتلف جزءً من الصداق ولو أتلف الكل ضمن قيمة الكل فكذلك اذا أتلف جزء منه وبه فارق البيع فان البائع هناك لو أتلف الكل لم يضمنه فكذا اذا أتلف الجزء ثم المعنى فيه ان المبيع مضمون بالثمن وفيما هو مضمون به فصلنا بين العيب بفعل البائع وبآفة سماوية حتى أنه اذا تعيب بفعل البائع سقطت حصته من الثمن عن المشترى بخلاف ما اذا تعيب بآفة سماوية فهنا أيضاً يفصل بينهما فيما اذا كان الصداق مضمونا به وهو القيمة وهذا لان الاتلاف من الزوج يتحقق في الاوصاف كما يتحقق في الاصل بخلاف ما اذا تعيب بغير فعله فان الضمان هناك بالعقد والعقد لا يتناول الاوصاف مقصوداً (الثالث) ان يكون التعيب بفعل الصداق بنفسه فى ظاهر الرواية هذا كالعيب بآفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان هذا بمنزلة تعيب الزوج لانه مضمون عليه وفعل المضمون كفعل الضامن فى استحقاق موجبه عليه كما في المغصوب (الرابع) ان حصل التعيب بفعل الاجنبي يجب عليه ضمان النقصان ويكون ضمان النقصان بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير فاذا اختارت الاخذ رجعت على الجانى بضمان النقصان وان اختارت تضمين الزوج القيمة رجع الزوج على الجاني بضمان النقصان ولو أرادت أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لم يكن لها ذلك لانعدام الصنع من الزوج فى التعيب (الخامس) ان يكون التعيب بفعل المرأة فتصير به قابضة للصداق لانها أتلفت جزءً منه فتكون قابضة لذلك الجزء بالاتلاف ولما وراء ذلك بالتخلي ولا خيار لها فى ذلك والذى بينا في هذه الفصول فيما اذا دخل بها الزوج أو مات عنها فأما اذا لم يدخل بها فهى في حق النصف اذا طلقها قبل الدخول كما فى الكل اذا طلقها بعد الدخول فأما اذا تعيب فى يد المرأة بعد ما قبضت الصداق فهو على خمسة أوجه أيضاً أما اذا تعيب بآفة سماوية ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها فهو بالخيار ان شاء ضمنها نصف قيمته يوم قبضت لتعذر رد النصف كما قبضت وان شاء أخذ النصف ناقصا وليس عليها من ضمان النقصان شيء لان الصداق كان مملوكا لها ملكا تاما فتعيبه فى يدها

لا يلزمها شيئاً من ضمان النقصان وكذلك لو كان التعيب بفعل الصداق بنفسه فهو كالتعيب بآفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وكذلك لو كان التعيب بفعل المرأة لان فعلها صادف ملكا صحيحاً لها فلا يكون موجباً ضمان النقصان عليها بخلاف فعل الزوج قبل القبض فانه صادف ملكها فيصلح أن يكون موجباً للضمان عليه فأما اذا كان التعيب في يدها بفعل أجنبي فان الاجنبي ضامن للنقصان وذلك بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة لانه بدل جزء من عينها فيمنع تنصف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان كان التعيب بفعل الزوج لان الزوج بمنزلة الاجنبي في جنايته على الصداق بعد التسليم اليها فكان فعله كفعل أجنبي آخر في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصف الصداق بالطلاق وان كان التعيب في يدها بعد الطلاق كان للزوج أن يأخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة بمنزلة المقبوض بحكم شراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان اذا تعيب بآفة سماوية أو بفعله بنفسه أو بفعلها لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان التعيب بفعل الاجنبي فالارش بمنزلة الزيادة المنفصلة وقد بينا حكمه ووقع في المختصر ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء وهو غلط بل الصحيح من الجواب في كل فصل ما ذكرنا ﴿ قال ﴾ وان كان المهر جارية لم تقبضها المرأة حتى وطئها الزوج فولدت فادعى ولدها لم يصدق على ذلك لانها مملوكة للمرأة والاستيلاد في ملكها غير صحيح الا ان الحد سقط عن الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد بمنزلة المبيع في يد البائع فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد واذا سقط الحد لزمه العقر فكان العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدل عن ذلك فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فتكون الجارية بينهما ولا تصير ام ولد للزوج لان حق أمومية الولد يثبت لها باعتبار ثبوت نسب الولد ونسب الولد غير ثابت هنا فكذلك لا يثبت لها حق أمومية الولد ولكن نصف الولد يعتق على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه باعتبار الجزئية ويسعى للمرأة في نصف القيمة لان نصيبها احتبس عند الولد ولا يصير الزوج ضامنا لانه ماصنع في الولد شيئا انما صنعه في الطلاق وذلك ليس بمباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما

الملك ولكنها ترجع عليه بنصف العقر لان العقر تنصف بينهما فان قتلت الخادم أوماتت عند المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله ما لاقى ملك الزوج فانه حين قتلها كانت الخادم ملكا للمرأة فلهذا لم يكن للزوج أن يضمن القاتل شيئاً ﴿قال﴾ وان كانت ازدادت فى يدها زيادة متصلة فهلكت ثم طلقها قبل الدخول فانه يرجع عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان استهلكت لانها اتلفت ملك نفسها فلا يلزمها بالاتلاف شئ ولكنها بالقبض تصير ضامنة للزوج نصف قيمتها حين قبضت ﴿قال﴾ ولوكانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فهلكت فى يدها ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الاصل لان المانع من تنصيف الاصل هو الزيادة فحين مات ولم يخلف بدلا صار كان لم يكن فيتنصف الاصل الا أنه ان كانت الزيادة ولداً وقد نقصتها الولادة ثبت للزوج الخيار للنقصان الحادث فى يدها فى الصداق وان لم تمكن نقصان بسبب الولادة فلا خيار له الا أن تكون المرأة هى التى استهلكت الولد فحينئذ يكون له الخيار بمنزلة الجارية المبيعة اذا ولدت وأتلف المشترى ولدها ثم أراد ردالاصل بالعيب ولو كانت الولادة في يدالزوج فهلك الولد لم يضمن الزوج شيئاً لان الولد حدث بغير صنعه وهلك بغير صنعه بمنزلة ولد المغصوبة ولكن أن تمكن نقصان بسبب الولادة يثبت لها الخيار لاجل النقصان وان كان الزوج هو الذى أتلف الاصل والزيادة ضمن قيمتها للمرأة لان الزيادة امانة فى يده فيضمنها بالاتلاف كالمغصوبة وان طلقها قبل الدخول ضمن لها نصف الاصل والزيادة ﴿قال﴾ وان كانت الجارية قائمة عند الزوج فاعتقها الزوج لم يجز عتقه لانه أعتق مالا يملك وكذلك لوطلقها قبل الدخول لم ينفذ ذلك العتق لانه سبق ملكه ولو كانت المرأة هى التى أعتقتها نفذ عتقها فى الكل لمصادفته ملكها ثم اذا طلقها الزوج ضمنها نصف قيمتها يوم أعتقتها لانها بالاعتاق تصير قابضة متلفة ﴿قال﴾ وان كانت المرأة قبضت الصداق وهو جارية ثم طلقها قبل ان يدخل بها ثم أعتقها الزوج لم ينفذ عتقه فى شئ منها وعند زفر رحمه الله تعالى ينفذ عتقه في نصفها لان من أصله ان حكم التنصيف يثبت بنفس الطلاق ويعود نصفها الى ملك الزوج كما لوكان قبل القبض فينفذ عتقه فى نصيبه ولكنا نقول سبب ملكها فى النصف يفسد بالطلاق حتى يستحق عليها رد النصف ولكن لايبطل ملكها فى شىء الا بالرد بقضاء أو رضاء

لان فساد السبب فى الابتداء لايمنع ثبوت الملك بالقبض فلأن لايمنع بقاء الملك أولى فاذا لم يعد شيء من الدين الى الزوج لاينفذ عتقه ﴿قال﴾ ولو قضى القاضى له بنصفها بعد ذلك لاينفذ ذلك العتق السابق لانه سبق ملكه بمنزلة المشتراة شراء فاسداً وقد قبضها المشترى وأعتقها البائع ثم ردت عليه لم ينفذ العتق وان كان أعتقها بعد ماقضى له القاضى بنصفها أو ردت المرأة عليه النصف بالتراضى نفذ عتقه فيكون حكمه كحكم جارية بين رجلين أعتقها أحدهما ولو كانت هى التى أعتقت الجارية بعد الطلاق نفذ عتقها فى الكل وكذلك إن باعت أو وهبت لان الملك فى الكل باق لها قبل قضاء القاضى واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد تقرر السبب الموجب له فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بالشبهة حتى غرم الواطيء عقرها فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل وكحكم الارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفي بالوطء فى حكم الدين دون المنفعة ﴿قال﴾ ولا شفعة فى الدار التى تزوج عليها المرأة وهو مذهب الشافعى رحمه الله تعالى أيضاً لان الشفعة فى الدار لو وجبت انما تجب للجار وهو لا يوجب الشفعة للجار أصلا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى تجب الشفعة ﴿قال﴾ ولو تزوجها على شقص من دار لم تجب فيه الشفعة عندنا وعند ابن أبي ليلى والشافعي رحمهما الله تعالى تجب لان النصف ملك بعقد معاوضة فكان كالمملوك بالشراء فتجب فيه الشفعة بقيمة العوض والعوض هو البضع وقيمته مهر المثل وهو كمن اشترى داراً بعبد يأخذها الشفيع بقيمة العبد وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة وهذا لان الشفيع انما تملك بمثل السبب الذي به تملك المشترى فان الشرع قدم الشفيع على المشترى فى اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لافي إنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً آخر غير السبب الذى تملك به المتملك فكذلك هنا المرأة انما ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سبباً آخر بخلاف ما اذا اشتراها بعبد فان الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لان الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق ﴿قال﴾ واذا تزوجها على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم لم تجب الشفعة فى شيء من الدار فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقسم الدار على الالف

وعلى مهر مثلها فما يخص الالف تجب الشفعة فيه للشفيع لان العقد فيما يخص الالف شراء وفيما يخص البضع نكاح . ألا ترى أنه يثبت فيه حكم الشراء من الرد بالعيب اليسير والفاحش وغيره من أحكام البيع وكذلك حكم الصرف يثبت فيه لو تزوجها على مائة دينار على أن ترد عليه ألف درهم يجب التقابض فى حصة الصرف ويجوز أن تستحق الشفعة فى بعض ماتناوله الصفقة دون البعض كما لو اشترى داراً وعبداً صفقة واحدة فانه تجب الشفعة فى الدار دون العبد ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان البيع هنا تبع للنكاح لان البيع لم يكن مقصوداً بهذه الصفقة وانما كان المقصود النكاح . ألا ترى أنه تتوقف حصة البيع على قبول المرأة اذا حصل العقد من فضولى والشراء مقصودا لايتوقف وكذلك ينعقد بلفظة الرد ولايحتاج فيه الى القبول حتى اذا قال زوجيني نفسك على هذه الدار على أن تردى على ألفا فقالت فعلت يتم بدون قبول الزوج وانها لو قبلت حصة النكاح دون البيع صح ولو قبلت حصة البيع دون النكاح لم يصح واذا ثبت أن الشراء تبع للنكاح فنقول اذا لم تجب الشفعة باعتبار الأصل لاتجب باعتبار التبع كالعرصة الموقوفة اذا كان عليها بناء لم تجب الشفعة فى ذلك البناء وهذا لان المقصود بالاخذ بالشفعة دفع ضرر الجار الحادث ولا يحصل هذا المقصود اذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت باعتبار البيع لان العيب فى الاصل فوات وصف هو تبع وكذلك حكم الصرف يثبت فيما هو تبع كالصفائح من الذهب فى الدار المشتراة بالفضة يثبت فيها حكم الصرف ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة على كذا من الابل أو البقر أو الغنم فلها العدد المسمى من الوسط من ذلك الجنس وان أتى بقيمة ذلك أجبرت على القبول بمنزلة مالو تزوجها على عبد وقد بيناه ﴿قال﴾ والاثواب الهروية وغيرها من أجناس الثياب كذلك وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يتزوجها على ثوب هروى بعينه فلها ذلك الثوب ان كان هرويا وان لم يكن هرويا وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لها قيمة ثوب هروى وسط وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها الخيار ان شاءت أخذت الثوب بعينه وان شاءت طالبت الزوج بقيمة ثوب هروى وسط لان العقد أضيف الى عين ذلك الثوب ولكنها وجدته على خلاف شرطها فلها الخيار كما لو وجدته معيباً ولكنا نقول المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى دون المشار اليه وهو أصل معروف نقرره فى موضعه ان شاء الله

تعالى ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه ولم يبين الصفة فان أتاها بالثوب أجبرت على القبول وان أتاها بقيمة أجبرت أيضاً بمنزلة العبد المطلق لان الثوب الذي هو غير موصوف لاتثبت عينه فى الذمة ثبوتا صحيحا وانما صحت هذه التسمية باعتبار المالية والثوب فى ذلك وقيمته سواء وان بين صفة هذا الثوب ففى قول زفر رحمه الله تعالى تجبر على قبول القيمة اذا أتاها بها وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ذكر الاجل مع ذلك لم تجبر على قبول القيمة وان لم يذكر الاجل أجبرت عليه لان الثياب لاتثبت فى الذمة ثبوتا صحيحاً الا مؤجلا الا ترى انه لايجوز استقراضها ويجوز السلم فيها لان القرض لايكون الا حالاً والسلم لايكون الا مؤجلا فعند ذكر الاجل يثبت الثوب ديناً ثبوتا صحيحاً فلا تجبر على قبول القيمة وعند عدم ذكر الاجل لايثبت ثبوتا صحيحاً وزفر رحمه الله تعالى يقول الثوب يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لان بالمبالغة فى ذكر وصفه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب ديناً فى الذمة فيستوى فى هذا ان ذكر الاجل أو لم يذكر ولكنا نقول لو باع عبداً بثياب موصوفة فى الذمة لايجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لاتثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا ﴿ قال ﴾ فان تزوجها على مكيل أو موزون فان سمى جنسه وصفته ومقداره لم تجبر على قبول القيمة اذا أتاها بها لان المكيل والموزون يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا حالاً كان أو مؤجلا بدليل جواز استقراضها والسلم فيها فان لم يذكر الصفة ففى ظاهر الرواية اذا أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لانها بتسمية الجنس بدون الصفة لاتثبت فى الذمة ثبوتا صحيحاً وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها لاتجبر على قبول القيمة لان التسمية متى صحت بذكر الجنس تعين الوسط من ذلك الجنس كما فى العبد والثوب الهروى فما تعين من الوصف شرعا يكون كالمذكور نصافلا تجبر على قبول القيمة ﴿ قال ﴾ فان تزوجها على دراهم أو شئ من العروض لاتبلغ قيمته عشرة دراهم فانه يكمل لها عشرة دراهم عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لها ما سمى والاصل عنده أن كل ما يصلح ثمنا فى البيع يصلح صداقا فى النكاح وعندنا أدنى المهر عشرة دراهم من الفضة أو مما تكون الفضة فيه غالبة على الغش واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المهر جائز قليله وكثيره وفى رواية المهر ما تراضى عليه الاهلون وفى رواية من استحل بدرهم فقد استحل وروى أن امرأة

عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ير فيها رغبة فقال مالى حاجة الى النساء فقالت زوجنى ممن شئت فقام رجل فقال زوجها منى فقال ماذا تصدقها فقال ازارى هذه فقال اذا قعدت ولا ازار لك التمس ولو بفلس النحس ولو خاتما من حديد فقال لا أجد فقال هل تحسن شيئاً من القرآن فقال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما عندك من القرآن فهذه الآثار تدل على أن المهر لا يتقدر بشئ وكذلك فى الكتاب الشرط هو المال المطلق قال الله تعالى ان تبتغوا بأموالكم فتقييد ذلك المال بالعشرة يكون زيادة على النص وحجتنا فى ذلك حديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الأولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفي حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتقطع في أقل من عشرة دراهم ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفى الكتاب قال بلغنا ذلك عن على وابن عمر وعائشة وعامر وابراهيم رضوان الله عليهم أجمعين والمعنى فيه أنه بدل فى عقد لم يحمل ايجاب أصله الى المتعاقدين فيكون مقدراً شرعا كالدية وبيان ذلك أن النكاح لا ينعقد صحيحاً الا موجباً للعوض اما في الحال أو فى الثانى على ما بينا وانما كان اشتراط العوض فيه شرعا لاظهار خطر البضع ولا يحصل هذا المقصود بأصل المالية فاسم المال يتناول الحطير والحقير وانما يحصل اظهار الخطر بمال مقدر واليه أشار الله تعالى في قوله قدعلمنا ما فرضنا عليهم فى أزاجهم والبضع من وجه فى حكم النفوس حتى لا يسقط حكم الفعل فيه بالبدل ولان الوطء سبب لاعلاق النفس واذا كان بغير ملك يضيع لانعدام من ينفق عليه فكان الخطر هنا فى معنى الخطر فى النفوس والمال الذي هو بدل عن النفوس مقدر شرعا وهو الدية وهذا لان كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة وغيرها فكذا الصداق مما أوجبه الشرع فيكون مقدراً شرعا واليه أشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم الآية معناه ما قدرنا فان الفرض عبارة عن التقدير وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق لانه يستباح به ما لايستباح بالبدل فكذلك الصداق وتأويل الآثار المروية فيما يعجله لها باليد ألا ترى أنه أمر ذلك الرجل بالالتماس والصداق يمكن اثباته فى الذمة فعرفنا أن المراد ما يعجله لها باليد وذلك غير مقدر شرعا عندنا واذا ثبت هذا فنقول اذا تزوجها على خمسة دراهم فلها عشرة دراهم استحسانا في قول علمائنا الثلاثة ان دخل بها أو مات

منها وان طلقها قبل الدخول بها فلها خمسة وفى القياس لها مهر مثلها ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وهو قول زفر رحمه الله تعالى وجه القياس انه سمى مالا يصلح أن يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة مالو سمى لها خمراً أوخنزيراً وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن العشرة في كونها صداقا لاتتجزى وذكر بعض مالا يتجزى كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا (والثانى) أن الامهار الى تمام العشرة حق الشرع وما زاد على ذلك حقها فاذا رضيت بالخمسة فقد أسقطت ماهو حقها وبعض ماهو حق الشرع فيعمل اسقاطها فيما هو حقها وهو الزيادة على العشرة ولا يعمل فى حق الشرع وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وانما تعتبر قيمة الثوب يوم تزوجها عليه وكذلك ان سمى لها مكيلاً أو موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد ٠ وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى فيالثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفى المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لايثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلهذا يعتبر قيمته وقت القبض ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها على غيرمهر مسمى ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة لقوله تعالى ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء الى قوله ومتعوهن وأدنى المتعة درع وخمار وملحفة هكذا روى عن ابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهما أن المتعة ثلاثة أثواب لان المرأة تصلى في ثلاثة أثواب وتخرج في ثلاثة أثواب عادة فيكون ذلك متعة لها تذكرة من الزوج اذا فارقها قبل أن يدخل بها وعند الشافعى رحمه الله تعالى المتعة شئ نفيس من ثوب أو خادم أو فرس أو نحو ذلك الا أن يكون مهر مثلها أقل من قيمة المتعة فحينئذ يكون لها نصف مهر مثلها لاينقص من خمسة دراهم عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لها المتعة ولا معتبر بمهر المثل لانه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك ولكنا نقول النكاح الذى فيه تسمية فى حكم الصداق أقوى مما لا تسمية فيه فاذا كان فى العقد الذي فيه التسمية لايجب لها بالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذلك في النكاح الذى لاتسمية فيه وقد كان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فلا تزاد المتعة على نصف مهر المثل وان كانا سواء فالواجب هو المتعة لانها فريضة فى كتاب الله تعالى فعند المساواة ترجح المتعة ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على مافى بطن جاريته أو على ما في

بطن أغنامه لم تصح التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وما فى البطن ليس بمال متقوم وهذا بخلاف الخلع فانه لو خالعها على ما فى بطن جاريتها صحت التسمية لان ما فى البطن بعرض أن يصير مالا بالانفصال واحد العوضين فى الخلع يحتمل الاضافة وهو الطلاق فالعوض الآخر كذلك يحتمل الاضافة فاذا سمي ما فى البطن فكانه اضاف التسمية الى مابعد الانفصال وفى النكاح أحد العوضين لا يحتمل الاضافة فالعوض الآخر كذلك والمسمى فى الحال ليس بمال فكان لها مهر مثلها وكذلك لو تزوجها على ما تحمل نخله أو تخرج أرضه العام أو على ما يكتسب غلامه لان المسمى معدوم وتأثير العدم أبلغ من تأثير الجهالة فاذا كان لا يصح تسمية مجهول الجنس كالثوب والدابة فتسمية المعدوم أولى ان لا تصح ﴿قال﴾ ولو تزوجها على عبد بعينه فوجدته حراً فلها مهر مثلها فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول وفى قوله الآخر قيمة ذلك الشخص أن لو كان عبداً وكذلك لو تزوجها على هذه الشاة المذبوحة فاذا هي ميتة أو تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها مثل ذلك الدن من خل وسط أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول سمى لها فى العقد مالا وهو العبد والذكية والخل فصحت التسمية ثم تعذر تسليم المسمى بما ظهر فتجب القيمة فيما ليس من ذوات الامثال والمثل فيما هو من ذوات الامثال كما لو تعذر تسليم المسمى بالهلاك فى يد الزوج وهذا لانه حين ظهر حراً فقد استحق نفسه فيجعل كاستحقاق الغير اياه ولو تزوجها على عبد فاستحق كان لها قيمته فكذلك اذا استحق نفسه بالحرية وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الأصل ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار اليه وان كان من غير جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى الا ترى انه لو اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج كان البيع باطلا لان المشار اليه من غير جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى معدوم وبيع المعدوم باطل ولو اشترى فصا على انه ياقوت أحمر فاذا هو ياقوت أصفر جاز البيع لان المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه لان الاشارة أبلغ فى التعريف لانها تقطع الشركة من كل وجه اذا عرفنا هذا فنقول الحر والعبد جنس واحد فان الآدمي باعتبار الأصل حر ثم يعترض الرق فيه والاعتاق اتلاف لذلك الرق العارض

فلا يوجب تبديل الجنس واختلاف الجنس اماباختلاف الاصل أو الهيئة أو المقصود وذلك لايوجد بين الاحرار والعبيد فاذا اتحد الجنس تعلق العقد بالمشار اليه وهو الحر دون المسمي والمشار اليه ليس بمال فلا يصح تسميته بخلاف عبد الغير فانه مال متقوم وان كان لايقدر على تسليمه وعلى هذه الذكية والميتة فان الجنس واحد فيتعلق العقد بالمشار اليه فاما محمد رحمه الله تعالى فى الخمر والخل قال هما جنسان مختلفان لان المقصود منهما مختلف وكذلك الخل قط لايصير في مثل حال الخمر والخمر اسم لعين حرام والخل اسم لطعوم حلال فكانا جنسين فيتعلق العقد بالمسمى والمسمي هو الخل فلهذا كان لها مثل ذلك الدن من الخل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الخل والخمر جنس واحد فان الاصل واحد والهيئة واحدة وهذه أوصاف تعترض على العين فلا توجب تبديل الجنس كالصغر والكبر فى الآدمى فان الحلاوة فى العصير بمنزلة الحلاوة التي تكون فى الصغر ثم الشدة فى الخمر بمنزلة الحدة والقوة التي تكون فى الشباب ثم الحموضة في الخل بمنزلة حال الشيخوخة فكما ان بتبدل الاحوال لايختلف جنس الآدمى فكذلك بتبدل الاحوال فى العصير فاذا كان الجنس واحدا تعلق العقد بالمشار اليه والمشار اليه ليس بمال فلهذا كان لها مثلها ﴿قال﴾ فان تزوجها على أمة فولدت عنده ثم مات ولدها فليس على الزوج فى الولد ضمان لأنه لم يصنع فى الولد شيئاً ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيراً كما لو تعيبت فى يد الزوج بعيب يسير سوى نقصان الولادة وان كان النقصان فاحشا فلها الخيار ان شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئاً من النقصان وان شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوى وقد كان الولد جابراً لذلك النقصان فأما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام مايجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها فى العيب السماوى بهذه الصفة وان كان الزوج قتل الولد ضمن لها قيمته لانه كان أمانة فى يده فيضمنه بالاتلاف فان كان في قيمته وفاء نقصان الولادة لم يضمن نقصان الولادة لان قيمة الولد قائمة مقام الولد فيكون جابراً للنقصان وان لم يكن فيها وفاء فعليه تمام ذلك به أجاب في الكتاب وهو غلط فقد بين في الابتداء أن الزوج لايضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذلك لايضمن مازاد على قيمة الولد من قدر النقصان ولكنه اذا كان يسيراً فلا خيار لها وان كان فاحشاً فلها الخيار كما بينا ﴿قال﴾ واذا أخذت المرأة

رهنا بصداقها وقيمته مثل الصداق فهلك عندها فهو كما فيه لان دين الصداق يستوفي كسائر الديون والرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم الاستيفاء به عند هلاك الرهن قال صلى الله عليه وسلم الرهن بما فيه فصارت عند هلاك الرهن مستوفية لصداقها بمنزلة مالو استوفت حقيقة فان طلقها قبل أن يدخل بها ضمنها نصف الصداق كما لو كانت استوفت حقيقة وان كان هلاك الرهن بعد الطلاق فلا ضمان عليها فى ذلك لأن بالطلاق قبل الدخول سقط نصف الصداق من غير عوض غرمه الزوج ولو سقط الكل بابرائها خرج الرهن من أن يكون مضمونا فى الكل فكذلك اذا سقط النصف فانما يبقى ضمان الرهن بما بقى وعند هلاكه انما صارت مستوفية لما بقى فلهذا لا تغرم له شيئاً بخلاف الاول فان عند هلاك الرهن كان جميع الصداق واجباً هناك فصارت مستوفية للكل فلهذا لزمها رد النصف بعد الطلاق ﴿قال﴾ ولو لم يكن فى النكاح تسمية ورهن عندها بمهر المثل رهنا صح الرهن لان مهر المثل كالمسمى فى كونه ديناً واجب الاستيفاء فان هلك الرهن وفى قيمته وفاء بمهر المثل صارت مستوفية وان طلقها قبل أن يدخل بها فعليها أن ترد ما زاد على قدر المتعة لان قدر المتعة هنا كنصف المسمي هناك فعليها أن ترد ما زاد على ذلك وان طلقها قبل الدخول بها والرهن قائم فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وهو القياس وفى قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد رحمه الله تعالى لها أن تحبس الرهن بالمتعة لوجهين (أحدهما) أن المتعة بمنزلة جزء من أجزاء مهر المثل ألا ترى أن فى النكاح الذى فيه التسمية ما يجب بعد الطلاق جزء مما كان فيه فكذا فى النكاح الذى لا تسمية فيه وهذا لان الطلاق مسقط فلا يصلح أن يكون موجباً فعرفنا أن ما بقى بعض ما كان واجباً قبل الطلاق والرهن بالدين يكون محبوساً بكل جزء منه (والثانى) أن المتعة خلف عن مهر المثل لانه يجب عند سقوط مهر المثل بالسبب الذى كان يجب به مهر المثل وهو النكاح وهذا هو حد الاصل والخلف ثم الرهن بالشئ يكون محبوساً بما هو خلف عنه كالرهن بالعين المغصوبة يكون محبوساً بقيمتها ووجه قوله الآخر ان المتعة دين حادث سوى مهر المثل والمحبوس بدين لا يكون محبوساً بدين اخر سواه والدليل على أنه من خلاف جنس مهر المثل فان المتعة ثياب ومهر المثل من النقود ولان مهر المثل قيمة بضعها والمتعة تذكرة لها ولا يلتقيان بحال فان مهر المثل يجب فى حال قيام النكاح والمتعة تجب بعد

ارتفاع النكاح والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة فاذا ثبت انهما دينان مختلفان لم يكن الرهن بأحدهما محبوساً بالآخر فاذا هلك الرهن في يدها قبل أن تمنعه لم يكن عليها ضمان ولكنها في قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لا تصير مستوفية فلها أن تطالب الزوج بالمتعة وان منعت الرهن على الزوج بعد مطالبته حتى هلك في قوله الاول لاضمان عليها لانها حبسته لحق وفي قوله الآخر هي ضامنة للزوج قيمة المرهون لانها حبسته بغير حق فصارت غاصبة ضامنة ﴿قال﴾ فان تزوجها على غير مهر مسمى ثم فرض لها بعد العقد داراً فلا شفعة للشفيع فيها لان الفرض بعد العقد تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة وان كان سمى في العقد مهرا ثم باعها داره به كان للشفيع فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر ولو طلقها قبل ان يدخل بها كانت الدار سالمة لها لان الشراء لا يبطل بالطلاق ولكنها ترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء ﴿قال﴾ ولو تزوجها على أن يشترى لها هذه الدار ويعطيها اياها مهرا أو قال أتزوجك على هذه الدار على أن أشتريها فاسلمها اليك كان لها ان تأخذه بذلك لانه شرط لها ذلك والوفاء بالشرط واجب فان عجز عن ذلك فعليه قيمة الدار لها وان طلقها قبل الدخول فلها نصف القيمة لان التسمية صحيحة فان المسمى مال وان كان الزوج عاجزاً عن تسليمه وقت العقد لان القدرة على تسليم الصداق لا تشترط لصحة التسمية فان القدرة على التسليم فيما يقابل الصداق ليس بشرط لصحة العقد ولكن شرط صحة العقد فيه صفة الحل فكذا في الصداق شرط صحة التسمية صفة المالية وقد وجد فاذا تحقق عجزه عن تسليم المسمى تلزمه قيمته وهذا بخلاف الكتابة فانه لو كاتب عبده على عبد الغير فانه لا يجوز على الرواية التى تجوز الكتابة على العين لان عقد الكتابة كالبيع من حيث أنه يحتمل الفسخ ولا يصح الا بتسمية البدل فكما أن العجز عن التسليم في البيع يمنع صحة العقد فكذا في الكتابة ﴿قال﴾ وان تزوجها على دار فاستحق نصفها خيرت في النصف الباقي لان التشقيص في الاملاك المجتمعة عيب فاحش فان نصف الدار لا يشترى بنصف ما يشترى به جميع الدار عادة وقد بينا أن مالا يدخل تحت تقويم المقومين فهو عيب فاحش فان شاءت ردت النصف الباقي بالعيب ورجعت بجميع قيمة الدار وان شاءت أمسكت ورجعت بنصف قيمة الدار وان طلقها قبل الدخول

كان لها النصف الذى فى يدها لان حقها بعد الطلاق فى نصف الدار ونصف الدار سالم لها فلا ترجع بشئ آخر عليه ﴿قال﴾ ولو تزوجها على مهر مسمى ثم زاد فيه جازت الزيادة ان دخل بها أو مات عنها الا على قول زفر رحمه الله تعالى أصله الزيادة في الثمن بعد العقد وهى مسئلة البيوع ودليلنا لجواز الزيادة هنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة معناه من فريضة بعد الفريضة ولو طلقها قبل الدخول بها بطلت الزيادة الا فى قول أبي يوسف الاول وقد بيناه ﴿قال﴾ واذا تزوجها على مهر في السر وسمع فى العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية وهذا على وجهين ان كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدا فى العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية لان تلك المواضعة ما كانت لازمة وجعل ماعقدا عليه فى العلانية بمنزلة الزيادة فى مهرها الآ ان يكون أشهدعليها أو على وليها الذى زوجها منه ان المهر هو الذى فى السر والعلانية سمعة فحينئذ المهر ماسمي لها فى السر لانهما في الاشهاد أظهرا أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب الا على قول ابن أبى ليلي رحمه الله تعالى فانه يقول كما لايعمل الهزل فى جانب المنكوحة فكذلك فى جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانيـة فاما اذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا انهما يجددان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العـقد الثانى بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا انهما قصـدا الهزل بما سميا فيه وان لم يشهـدا فى ذلك فالذى أشار اليه في الكتاب ان المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها فى المهر قالوا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فاما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الاول لان العقد الثانى لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضاً يلغو وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أصل العقد الثانى وان صار لغواً فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا ابني فانه لما لغى صريح كلامه عنـدهما لم يعتق العبد وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالي وان لغي صريح كلامه فى حكم النسب بقي معتـبراً فى حق العتق ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم على ان ردت عليه عبداً فهو جائز لانها بذلت شيئـين بازاء الالف البضع والعبد فيقسم الالف على قيمة العبد ومهر مثلها فما أصاب العبـد يكون شراء حتى اذا مات العبد قبل التسليم أو وجد الزوج به عيباً فرده بطل ذلك القدر وما أصاب مهر المثل فهو صداق لها حتى اذا طلقها قبـل الدخول كان لها نصف ذلك ﴿قال﴾ وان تزوجها على أبيها وقيمته ألف درهم على أن ردت عليه أمة

قيمتها المائة جاز ذلك وعتق الاب قبضته أو لم تقبضه لان الأب مقسوم على مهر مثلها وعلى قيمة الأمة فما يخص قيمة الأمة تكون مشترية له بالامة وما يخص مهر المثل يكون صداقاً لها وكلا السببين يوجب الملك بنفسه فاذا ملكت الاب عتق عليها ثم اذا طلقها قبل الدخول فعليها رد نصف مايخص مهر المثل من قيمة أبيها لانها صارت قابضة للاب بالعتق وحصة الصداق منه تتنصف بالطلاق وقد عجزت عن رده فعليها رد نصف قيمة ذلك ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم على أن ترد عليه ألف درهم فلها مهر مثلها بمنزلة مالو لم يسم لها مهراً لان الالف المذكورة بمقابلة الالف المشروطة عليها فان الأموال الربوية متى قوبلت بجنسها يكون الجنس بمقابلة المثل لان المقابلة باعتبار المالية والمالية مع القدرة لا تتفاوت فاذا صارت الالف بمقابلة الالف بقي النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها ﴿قال﴾ وان تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف على مائة دينار وعلى مهر مثلها فما أصاب الدنانير يكون صرفاً فيشترط فيه التقابض في المجلس وما يخص مهر المثل يكون صداقاً فاذ طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف وهذا لان المقا[بلة] هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس المقابلة باعتبار القيمة لان الجودة لها قيمة [في] هذه الحالة والدنانير في حكم المقابلة كالعروض ولو تفرقا قبل التقابض بطلت حصة الدنانير من الدراهم لوجود الافتراق قبل القبض في عقد الصرف وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف أقل من عشرة يكمل لها عشرة كما لو تزوجها على ذلك القدر ولو تزو[جها] على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ردت عليه عبداً فنقول المرأة بذلت شيئين البضع والعبد والزوج بذل الالف وشرط الطلاق فى ضرتها فيقسم الالف على [مهر] مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمناً للعبد ونصف الالف صداقاً لها فاذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل نظر فان كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها الا ذلك وان كان مهر مثلها أكثر من ذلك فان وفى بالشرط بأن طلق امرأته فلانة فليس لها الا الخمسمائة وان أبى أن يطلق لم يجبر على ذلك لانه شرط ال[طلاق] وايقاع الطلاق لا يصح التزامه فى الذمة فلا يلزمه بالشرط شئ ولكن لها كمال مهر مثلها لان لها فى طلاق ضرتها منفعة فانما رضيت بدون مهر مثلها بشرط أن تسلم [لها] هذه المنفعة فاذا لم تسلم كان لها كمال مهر مثلها ﴿قال﴾ ولو كان تزوجها على ألف در[هم]

وعلى

وعلى طلاق فلانة على أن ردت عليه عبداً فهنا يقع الطلاق بنفس العقد بخلاف الاول لان هناك شرط أن يطلق فما لم يطلق لم يقع وهنا أوجب الطلاق بالعقد عوضاً والعوض يثبت بنفس العقد فلهذا اقع الطلاق هنا والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة بذلت شيئين البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الاخرين فاذا كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق بمقابلة العبد ثمنا ونصف الالف ونصف الطلاق صداق لها واذا طلقها قبل الدخول بها كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع فكان الطلاق بجعل فيكون بائنا واذ لم يكن الجعل مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة وان استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد لما قلنا وبنصف قيمة العبد أيضاً لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق الجعل أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف ﴿قال﴾ ولو تزوجها على ألف درهم وعلى ان يطلق فلانة فأبى أن يطلقها فلها كمال مهر مثلها عندنا لانها انما رضيت بالالف باعتبار منفعة طلاق الضرة فاذا لم يسلم لها ذلك فلها كمال مهر مثلها كما لو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدي اليها هدية وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان شرط لها مع الالف ما هو مال كالهدية والكرامة فكذلك الجواب وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الألف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذلك بمنع التسليم اذا شرط لها في العقد فأما الطلاق ونحوه لا يتقوم بالاتلاف فكذا لا يتقوم بمنع التسليم ولكنا نقول لا نوجب الزيادة باعتبار تقوم ما شرط لها ولكن لانعدام رضاها بالالف بدون المنفعة المشروطة ﴿قال﴾ ولو تزوجها على خمر أو خنزير وهما مسلمان كان لها مهر مثلها عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى النكاح فاسد لان تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر بالعقد على المسلم فكان باطلا كما لو باع عبداً بخمر ولكنا نقول هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد الا أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وشرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا فاذا لم يكن بطلت التسمية فكأنه لم يسم لها عوضاً فلهذا كان لها مهر مثلها وهكذا نقول في البيع أنه يصير كانه لم يسم ثمناً والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن ﴿قال﴾ ولو تزوجها على الف وعلى ارطال

..لومة من خمر فليس لها سوى الالف لان تسمية الخمر والسكوت عنها سواء كما قلنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أنه اذا تزوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الدن عشرة دراهم فلها الدن دون الخمر لان الدن متقوم فيصير كانه سمى لها الخمر مع العشرة وفي رواية أخرى أن لها مهر مثلها لان المقصود بهذه التسمية المظروف دون الظرف والمظروف ليس بمال ﴿قال﴾ ولو تزوجها على هذا الخمر فاذا هو خل أو على هذا الحر فاذا هو عبد فعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لها المشار اليه وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن لها مهر مثلها لانه صرح بتسمية ماليس بمال والاصح رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى لما بينا فيما سبق ان عنده اذا كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمشار اليه والمشار اليه مال متقوم ﴿قال﴾ ولو تزوجها على ألف درهم ان لم يكن له امرأة وعلى ألفي درهم ان كانت له امرأة أو على ألف درهم ان لم يخرجها من الكوفة وعلى ألفين أن أخرجها أو قدم شرط الالفين فى الفصلين فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى المذكور أولا صحيح فى الوجهين والثانى فاسد حتى اذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المذكور أولا وان دخل بها فان وفى بالشرط فلها الالف وان لم يوف لها بالشرط فلها مهر مثلها لايجاوز بها ألفي درهم لانها رضيت بالالف باعتبار منفعة مشروطة فاذا لم تنل ذلك كان لها مهر مثلها ولكنها رضيت بالالفين بيقين فلهذا لايجاوز به ألفين وانما جوز الشرط الاول دون الثانى لان موجب العقد مع بقائه قد تم بذكر الشرط الاول واستقر بذلك فبذكر الشرط الثانى قصد تغير موجب العقد مع بقائه فلا يكون ذلك صحيحا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشرطان جائزان على ما اشترطا وعند زفر رحمه الله تعالى الشرطان فاسدان فيكون لها مهر مثلها لاينقص عن الالف ولايزاد عن الالفين وأصل المسئلة فى كتاب الاجارات اذا دفع الى خياط ثوباً وقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم وسنبينها ثمة مع نظائرها ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وان تزوجها على ألف وكرامتها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول واشتراط الزيادة المجهولة انما كان معتبراً فى حال قيام العقد لايجاب مهر المثل بقوله وقد سقط مهر المثل بالطلاق فكان لها نصف الالف كما لولم يشترط تلك الزيادة أصلا ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم أو ألفين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها ألفاً أو أقل فلها الالف وان

كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان أكثر من ألف وأقل من ألفين فلها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها الالف في الوجوه كلها وحجتهما ذلك أن تسمية المال في النكاح منفصل عن العقد بدليل أنه لايتوقف العقد على ذكره فكان ذلك بمنزلة التزام المال من غير عقد فانما يجب القدر المتيقن به كمن أقر لانسان بألف أو ألفين ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه والتخيير بين الالف والالفين فيه لا يمنع صحة العقد فكان قياس الطلاق بمال والعتق بمال وهناك اذا سمى الالف أو الالفين يجب القدر المتيقن به ولا وجه الى الرجوع الى مهر المثل لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وبالتخيير لا تنعدم التسمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد يستحق فيه التسليم والتسلم فالتخيير فى المسمى فيه بين الاقل والاكثر يمنع صحة التسمية كالبيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لايحتاج فيه الى التسليم والتسلم الا أن فى البيع انعدام التسمية يمنع صحة البيع فكذا جهالة المسمى بخلاف النكاح وهذا لان هذه الجهالة كجهالة مهر المثل أو أقوى منها فانه متردد بين أجناس مختلفة تارة وبين المقادير المختلفة تارة ومثل هذه الجهالة يمنع صحة التسمية فاذا لم تصح التسمية يصار الى الموجب الاصلي وهو مهر المثل وبه فارق الطلاق والعتاق لانه لا موجب لذلك العقد فى الاصل حتى لا يجب شئ عند عدم ذكر البدل فلهذا أوجبنا الاقل وبخلاف الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض فلو عينا الاقل لا يكون فيه بخس لحق المقر له وهنا الصداق عوض عما يستحق عليها وفى تعيين الاقل بخس لحقها والنظر واجب من الجانبين فحكمنا مهر المثل لهذا ﴿قال﴾ وكذا اذا تزوجها على هذا العبد الحبشى أو على هذا العبد الابيض فهو على ما بينا من تحكيم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ووجوب الاوكس لها عندهما الا أن يعطى الزوج الافضل فحينئذ يجوز ذلك لانه تبرع عليها وهذا عندهما بمنزلة مالو قال على أن أعطيك أيهما شئت ولو صرح بهذا كان له أن يعطيها أيهما شاء ان شرط المشيئة لنفسه وكان لها أن تأخذ أيهما شاءت انشرط المشيئة لها ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول باشتراط الخيار لاحدهما تنعدم المنازعة بينهما ويستبد من له الخيار بالتعيين فلهذا صحت التسمية وعند عدم شرط الخيار تتحقق المنازعة وليس الرجوع الى قول أحدهما بأولى من الآخر فكانت التسمية فاسدة كما في البيع اذا باع أحد العبدين لايجوز ولو سمى لكل

واحد منهما ثمنا وشرط الخيار فيه لاحدهما جاز ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس وفى الفصل الاول لها نصف الألف لان الزيادة على ذلك كانت باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر المثل بالطلاق فلهذا كان لها نصف الاقل ﴿ قال ﴾ وان تزوجها على حكمه أو على حكمها أو على حكم رجل أجنبي فهذه التسمية فاسدة للجهالة وهذه الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا أنه أضاف الحكم الى نفسه فان حكم لها بمهر المثل أو أكثر جاز حكمه لانه يحكم بالزيادة على نفسه وله هذه الولاية وان حكم بأقل من مهر مثلها لم يجز بدون رضاها لانه حكم عليها باسقاط بعض حقها وليس له هذه الولاية عليها وان أضاف الحكم اليها فان حكمت بمهر المثل أو أقل فاها ذلك لانها تحكم على نفسها وان حكمت بأكثر من مهر مثلها لم يجز حكمها بدون رضا الزوج لانها تحكم على الزوج بالزيادة وليس لها عليه هذه الولاية وان أضاف الحكم الى الاجنبي فان حكم بمهر المثل جاز ذلك وان حكم بأقل من مهر المثل لم يجز بدون رضاها وان حكم بأكثر من مهر المثل لم يجز بدون رضا الزوج ﴿ قال ﴾ ولا يجب المهر على من قبل النكاح لغيره بوكالة أو ولاية على صغيره أو على عبده أو على مكاتبه ما لم يضمنه ولها المهر على الزوج لحديث على رضى الله عنه الصداق على من أخذ الساق ولان تسليم المعقود عليه الى الزوج فوجب البدل عليه أيضاً والعاقد معبر عنه حتى لا يستغنى عن اضافة العقد اليه فلا يكون ملتزما للبدل الا ان يضمنه فيؤاخذ بالضمان حينئذ ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الحربى الحربية من غير مهر أو على ميتة ثم أسلما فلا مهر لها اما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر كما فى الذميين على ما بينا وعندهما فى الذميين انما يجب المهر لان الخطاب بالابتغاء بالمال شائع فى دار الاسلام وأهل الذمة ملتزمون لاحكامنا فى المعاملات فاما فى دار الحرب الخطاب به غير شائع وهم غير ملتزمين لاحكامنا فلهذا لا شئ لها واذا أسلما بعد ذلك فالحال حال بقاء النكاح والصداق ليس بشرط فى حال بقاء النكاح ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على مهر مسمى ثم أسلما أو صارا ذمة فلها ذلك المسمى لانه صار ديناً لها عليه بالتسمية فى عقد صحيح فلا يزيده الاسلام الا وكادة وان طلقها قبل ان يدخل بها ثم أسلما فلها ان تأخذه بنصف المسمى لان الطلاق قبل الدخول لا يسقط عنه الا النصف فيبقى مطالباً بما زاد على ذلك ولو لم يكن سمى لها شيئاً فلا متعة لها عليه لان فى حال قيام النكاح ما كان لها عليه شئ وان أسلما فبعد الطلاق أولى ﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأتين على ألف درهم فالالف بينهما على قدر

مهر كل واحدة منهما لان المال الواحد اذا قوبل بشيئين مختلفين بعقد المعاوضة ينقسم على مقدار قيمتهما كما لو اشترى عبدين بألف درهم وقيمة البضع مهر المثل فان طلق احداهما قبل الدخول كان لها نصف حصتها من الالف فان طلقهما كان لهما نصف الالف بينهما على قدر مهريهما فان كانت احداهما ممن لا يحل له بان كانت ذات زوج أو معتدة من زوج أو محرمة عليه برضاع أو صهرية فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الالف كلها مهر التي تحل له وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقسم الالف على قدر مهريهما فهو التي تحل له حصتها من ذلك وحجتهما ان الالف مسمى بمقابلة البضعين وانما التزمها الزوج عند سلامة البضعين له فاذا لم يسلم له الا احدهما لا يلزمه الا حصتها من الالف كما لو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت احداهما دون الاخرى وكما لو اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر والدليل عليه أن الانقسام جعل معتبراً في حق التي لا تحل له حتى لو دخل بها يلزمه مهر مثلها لا يجاوز به حصتها من الالف عليه نص في الزيادات وادعى المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله تعالى بهذا وكذلك يدخل فى العقد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يلزمه الحد بوطئها مع العلم ومن ضرورة دخولها في العقد انقسام البدل المسمى وعندهما انما يجب الحد لانتفاء شبهة الحل فان العقد لا ينعقد في غير محل الحل وسقوط الحد من حكم انعقاد العقد فأما الانقسام من حكم التسمية لا من حكم انعقاد العقد كما لو أجابته احدى المرأتين دون الاخرى واحتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك وقال ضم التي لا تحل له الى التي تحل له فى عقد النكاح لغو فهو بمنزلة ضم جدار أو اسطوانة الى المرأة فى النكاح وهناك البدل المسمى كله بمقابلتها دون ماضمه اليها فكذا هنا وبيان ذلك أن النكاح يختص بمحل الحل لان موجبه ملك الحل وبين الحل والحرمة فى المحل منافاة ففى حق المحرمة العقد مضاف الى غير محله وانقسام البدل من حكم المعاوضة والمساواة فى الدخول فى العقد فاذا نعدم ذلك لا يثبت الانقسام ألا ترى أنه لو طلق امرأته ثلاثا بألف درهم كان بازاء كل تطليقة ثلث الالف ولو كانت عنده بتطليقة واحدة فطلقها ثلاثا بألف درهم كانت الالف كلها بمقابلة الواحدة وهذا بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح لانهما استويا فى الايجاب حتى لو أجابتاه صح نكاحهما جميعا فيثبت حكم انقسام البدل بالمساواة فى الايجاب وكذلك المدبر مع العبد فانه مال مملوك فيدخل تحت العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه جاز فأما اذا دخل

فالتي لا تحل له في هذا الكتاب يقول لها مهر مثلها مطلقا وهو الاصح على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وما ذكر في الزيادات قول قولهما وبعد التسليم يقول المسمى من المحاورة بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لانعقاد العقد وذلك موجود في حق التي لا تحل له فاما الانقسام للاستحقاق باعتبار الدخول في العقد فالتي تحل له هي المخصصة بذلك فكان جميع البدل لها وكذلك سقوط الحد على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى من حكم صورة العقد لا من حكم انعقاده وقد وجد ذلك في حق التي لا تحل له فاما انقسام البدل من حكم انعقاد العقد

﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأة على عبد ودفعه اليها ثم طلقها قبل الدخول وقد جنى العبد عندها جنايته فالزوج بالخيار لان تعلق الجناية برقبته من أفحش العيوب فانه شبيه باستحقاق نفسه وذلك مثبت الخيار للزوج فان أخذ نصفه دفعاه أو فدياه لانه لا تملكه ابتداء بالطلاق ولكن يعود اليه هذا النصف الى قديم ملكه ولم يوجد من المرأة صنع يكون اختيارا او استهلاكا فلهذا تبقى الجناية متعلقة برقبته فيخاطب كل واحد منهما بدفع النصف أو الفداء بنصف الدية ثم لا يرجع عليها من قبل الجناية شيء لانه رضي بأخذ النصف مشغولا بالجناية وقد وصل اليه ذلك وان شاء تركه واخذ منها نصف قيمته يوم دفعه اليها لانه تعذر عليها الرد كما قبضت وكذلك ان كانت الجناية في يد الزوج قبل القبض ثم طلقها قبل أن يدخل بها كان لها الخيار بين أن تأخذ نصف قيمته يوم تزوجها عليه وبين أخذ نصفه ثم يخاطبان بالدفع أو الفداء كما بينا وان دخل بها الزوج والعبد في يده فان شاءت أخذت قيمته صحيحا يوم تزوجها عليه وان شاءت أخذت العبد ثم تخاطب بالدفع أو الفداء ولا ترجع على الزوج بشيء لما قلنا والله أعلم بالصواب

﴿ باب الخيار في النكاح ﴾

﴿ قال ﴾ واذا تزوج الرجل امرأة واشترط فيه لاحدهما أو لهما خيار فالنكاح جائز والخيار باطل عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى النكاح باطل فمنهم من حمل هذا بناء على مسئلة نكاح المكره فان اشتراط الخيار يعدم الرضا كالاكراه ومن أصلنا ان انعدام الرضا بسبب الاكراه لا يمنع صحة النكاح ولزومه وعنده يمنع فكذلك اشتراط الخيار ولكن هذا البناء على أصله غير صحيح فان الاكراه عنده يفسد العقد والعبارة وخيار الشرط لا يفسد ولهذا لم يصحح الطلاق

والعتاق من المكره وصححهما مع اشتراط الخيار وحجته فى المسئلة ان اشتراط الخيار في معنى التوقيت الا ترى ان ما يثبت فيه الخيار وهو البيع يتأخر حكم العقد وهو الملك الى ما بعد مضى المدة ويصير العقد فى حق ملكه كالمضاف فكذلك هنا باشتراط الخيار يصير النكاح مضافا واضافة النكاح الى وقت فى المستقبل لايجوز والتوقيت فى النكاح يمنع صحة النكاح كما لو تزوجها شهراً وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهزل واشتراط الخيار سواء لان الهازل قاصد الى مباشرة السبب غير راض بحكمه بل أولى فان الهازل غير راض بالحكم أبداً وشارط الخيار غير راض بالحكم فى وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل تمامه فاشتراط الخيار أولى والمعنى فيه انه عقد لايحتمل الفسخ بعد تمامه ولا يقبل خيار الشرط فاشتراط الخيار فيه لا يمنع تمامه كالطلاق والعتاق بمال وهذا لان اشتراط الخيار لايمنع انعقاد أصل السبب مطلقاً وانما يعدم الرضا بلزومه كما في البيع ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحاً اللزوم فاشتراط الخيار فيه يكون شرطاً فاسداً والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضا الا ترى ان تمام الرضا انما يكون بعد الرؤية كما فى البيع ثم عدم الرؤية لايمنع صحة النكاح ولزومه حتى لايثبت فيه خيار الرؤية بخلاف الاضافة الى وقت فانه يمنع انعقاد السبب فى الحال ألا ترى أن مثله لايصح فى البيع بخلاف التوقيت فانه يمنع انعقاد السبب فيما وراء الوقت المنصوص عليه والنكاح لايحتمل الانعقاد فى وقت دون وقت فلهذا بطل بالتوقيت

﴿قال﴾ ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وان فحش عندنا ولكنه بالخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وعند الشافعى رحمه الله تعالى يثبت له حق الرد بالعيوب الخمسة وهى الرتق والقرن والجنون والجذام والبرص فاذا ردها انفسخ العقد ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها قبل العلم بالعيب فلها مهر مثلها ويرجع به على من زوجها منه وحجته فى ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة فلما خلا بها وجد فى كشحها بياضاً فردها وقال دلستمونى أوقال دلستم علي والرد متى ذكر عقيب العيب يكون بطريق الفسخ وقال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد وعن عمر رضى الله عنه أنه أثبت الخيار للزوج بهذه العيوب والمعنى فيه أن النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ بأسباب فيثبت فيه حق الرد بعيب يخل بالمقصود كالبيع والمقصود بالنكاح طبعاً قضاء الشهوة

وشرعا النسل وهذه العيوب تخل بهذا المقصود أما الرتق والقرن يفوته أصلا وأما الجنون والجذام والبرص يخل به من حيث أن الطبع ينفر من صحبة مثلها وربما تعدى الى الولد بخلاف سائر العيوب من العمى والشلل فانه لا يخل بالمقصود واحد العوضين فى هذا العقد وهو المهر عندكم يرد بالعيب الفاحش دون اليسير فكذلك العوض الآخر وكذلك المرأة اذا وجدت زوجها عنينا أو مجبوبا يثبت لها الخيار ولا يثبت في سائر العيوب فكذا في حق الزوج لانهما في حكم هذا العقد سواء واذا كان العيب الذى يخل بالمقصود في جانب الزوج يثبت له الخيار دون الذى لايخل بالمقصود فكذلك فى جانبها والزوج وان كان متمكنا من الطلاق فهو محتاج الى اثبات الخيار له ليسقط به المهر عن نفسه كما قلتم في الصغير اذا بلغ وقد زوجه عمه يثبت له الخيار وان كان متمكنا من الطلاق وحجتنا فى ذلك قول ابن مسعود رضى الله عنه لاترد الحرة عن عيب وعن على رضى الله عنه قال اذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء أمسك وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أثبت الخيار فالمراد خيار الطلاق وكذلك ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه ردها أى ردها بالطلاق ألا ترى أنه قال الحقى بأهلك وهذا من كنايات الطلاق والذى قال فر من المجذوم فرارك من الاسد قلنا نحن نمكنه من الفرار ولكن بالطلاق والمعنى فيه ان الرد بالعيب فسخ العقد بعد تمامه بلا خلل فى ولاية المحل والنكاح لايحتمل هذا النوع من الفسخ ألا ترى أنه لايحتمل الفسخ بالاقالة وهذا لان ملك النكاح ملك ضرورى لايظهر فى حق النقل الى الغير ولافى حق الانتقال الى الورثة وانما أظهره الشرع في حق الطلاق للتفصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وهذالايقتضي ظهوره فى حق الفسخ بعد تمامه لانه لاضرورة فيه فكان فى هذا الفسخ بمنزلة الاسقاطات كالطلاق والعتاق بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة أو بخيار البلوغ فانه فسخ قبل تمامه لخلل فى ولاية المحل فيكون فى معنى الامتناع من تمامه وكذلك الفسخ بخيار العتق فانه امتناع من التزام زيادة الملك على مانبينه في موضعه ان شاء الله تعالى ولان هذه العيوب لاتخل بموجب العقد وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كالعمى والشلل والزمانة فاما الاستيفاء ثمرة وفوات الثمرة لايؤثر فى عقد النكاح الا ترى ان الاستيفاء يفوت بموت أحد الزوجين ولايوجب ذلك انفساخ النكاح حتى لايسقط شئ من المهر وعيب الجنون والجذام فيما هو المقصود دون الموت

لان الاستيفاء هنا يتأتى ومقصود النسل يحصل وبه فارق البيع فان هناك فوات التسليم قبل القبض يوجب انفساخ البيع فكذلك وجود العيب وكذلك أيضاً هلاك المهر قبل التسليم يثبت الرجوع بقيمته فوجود العيب الفاحش به كذلك بخلاف المنكوحة ولان وجود العيب تأثيره في انعدام تمام الرضا به والنكاح لزومه لايعتمد تمام الرضا كما بينا في الهزل وعدم الرؤية بخلاف البيع وهذا بخلاف ما اذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً أو عنينا لان هناك لا يثبت لها خيار الفسخ عندنا وانما يثبت لها حق المطالبة بالامساك بالمعروف وذلك في ان يوفيها حقها في الجماع فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق وعندنا هنا له أن يطلقها ثم المعنى فيه ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل المقصود لانها لا تتوصل الى ذلك من جهة غيره مادامت تحته وهو غير محتاج اليها فلو لم يثبت لها الخيار بقيت معلقة لاذات بعل ولا مطلقة فأثبتنا لها الخيار لازالة ظلم التعليق وهذا لا يوجد في جانبه لانه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها اما بملك اليمين أو بملك النكاح ومتمكن من التخلص منها بالطلاق ولا معتبر بحاجته الى التخلص من المهر كما لو ماتت قبل الدخول لا ينفسخ العقد مع قيام حاجته الى التخلص من المهر يوضح الفرق ان الزوج لو منع حقها في الجماع قصدا الى الاضرار بها بالايلاء كان موجبا للفرقة فكذلك اذا تعذر عليه ايفاء حقها بالجب والعنة والمرأة لو منعت حقه على قصد الاضرار لم يكن له به الخيار بذلك السبب فكذلك اذا تعذر عليه الاستيفاء بالرتق أو القرن فأما المرأة اذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الجذام أو البرص فليس لها أن ترده به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعلى قول محمد لها الخيار اذا كان على حال لا تطيق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا أو عنيناً ولكنا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود انما تقل رغبتها فيه أو تتأذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيء الخلق أو مقطوع اليدين أو الرجلين بخلاف الجب والعنة على ما قررنا يوضح الفرق أن الزوج هناك ظالم في امساكها من غير حاجة اليها وللقاضي ولاية ازالة الظلم بالطلاق وهنا الزوج غير ظالم في امساكها مع صدق حاجته اليها وذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك ان اشترط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار وكذلك لو شرط الجمال والبكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار لان فوت

زيادة مشروطة بمنزلة العيب فى اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين أنه لامعتبر لتمام الرضا في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيباً عجوزاً شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضا منه بهذه الصفة ﴿قال﴾ واذا قال الرجل للمرأة بحضرة الشهود زوجيني نفسك فقالت قدفعلت جاز النكاح ولوقال بعني هذا الثوب بكذا فقال فعلت لايتم البيع مالم يقل المشتري اشتريت أوقبلت وقد بينا هذا فيما سبق وانما أعاده هنا لايضاح الفرق بين البيع والنكاح وقد استكثر من الشواهد لذلك ثم قال وهما في القياس سواء وهكذا ذكره أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الامالى قال انما تركنا القياس فى النكاح للسنة وهو ما حدثنى أبو اسحاق الشيباني عن الحكم أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم فأبوا أن يزوجوه فقال لو لا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم ما فعلت فقالوا قد ملكت فدل أن بهذه اللفظة بعد الخطبة ينعقد النكاح ثم ذكر بعد حكم توقف النكاح على الاجازة ليبين أن ذلك لا يشبه حكم الرد بالعيب لان من توقف العقد على حقه غير راض بأصل السبب فكان أصل السبب فى حقه كالمعدوم مالم يجز واما عند اشتراط الخيار أو وجود العيب فقد ظهر السبب فى حقه وهو راض بأصل السبب حين باشره فلهذا تم العقد ثم بين في العقد الموقوف ان الزوج اذا كان هو الولى ففي حق الزوج يتوقف على قبوله أو رده بكلام أو فعل يدل عليه وفي حق المرأة اذا كانت ثيباً كذلك واذا كانت بكراً فسكوتها رضاها لعلة الحياء وقد بيناه وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد رحمهما الله تعالى أن البكر اذا زوجها وليان كل واحد منهما من رجل فبلغها العقدان فان أجازت أحدهما جاز ذلك وان أجازتهما معاً بطلا للمنافاة بينهما ولوسكتت لم يكن سكوتها رضا منها بواحد منهماوروى على بن صالح عن محمد رحمهما الله تعالى ان سكوتها بمنزلة رضاها بالعقدين فيبطل العقدان جميعاً والاصح رواية ابن سماعة لانه لا يمكن أن يجعل سكوتها رضا بأحد العقدين اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ولا رضي بهما لان السكوت انما يقام مقام الرضا لتصحيح العقد وفى الرضا هنا بهما أبطالهما فلهذا لايعتبر سكوتها هنا رضى ﴿قال﴾ واذا اعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها الولى منه أو تزوجته باذن الولى فلها الخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لماروى ان عائشة رضي الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك

فاختاري وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويبكي وهي تأباه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاصحابه رضى الله عنهم الا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له ثم قال لها اتقي الله فانه زوجك وأب ولدك فقالت أتأمرني فقال لا انما انا شافع فقالت اذاً لاحاجة بي اليه فاختارت نفسها وكان المعنى فيه ان ملك الزوج يزداد عليها بالعتق فان قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيضتان وذلك كله يزداد بالعتق وهي لاتتوصل الى رفع هذه الزيادة الا برفع أصل العقد فأثبت الشرع لها الخيار لهذا ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخا لا طلاقا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد وفي حق من توقف على اجازته لايكون طلاقا ولان سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لاتكون طلاقا ويستوى ان كان الزوج حراً أو عبداً عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ان كان زوجها عبداً فلها الخيار وان كان زوجها حراً فلا خيارلها والرواة اختلفوا في زوج بريرة رضى الله تعالى عنها فروي أنه كان عبدا وروى أنه كان حراً فأصحابنا رحمهم الله تعالى أولوا ماروى أنه كان عبداً أي عند أصل العقد ولكنه كان حراً عند عتقها ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كانه لم ينقل في ذلك شئ فيبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري وفي هذا التعليل لافرق بين ان يكون الزوج حراً أو عبداً والشافعي رحمه الله تعالى استدل بما روي انه كان لعائشة رضي الله عنها زوجان مملوكان فأرادت عتقهما وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام قال وانما أمرها بذلك كيلا يثبت لها الخيار ولكنا نقول أمرها بذلك لاظهار فضيلة الرجال على النساء فاما لو اعتقتهما معا عنده لا يثبت لها الخيار أيضاً ومن طريق المعنى يقول بما اعترض تحقق المساواة بينهما فلا معنى لاثبات الخيار كالكتابية تحت مسلم اذا أسلمت أو المعسرة اذا أيسرت والزوج موسر والمنفية اذا أثبتت نسبها وللزوج نسب ثابت فلا خيار لها بخلاف ما اذا كان الزوج عبداً فان بما اعترض هناك من حريتها يظهر التفاوت وتنعدم الكفاءة ولكنا نقول ثبوت الخيار لها ليس لانعدام الكفاءة فان الكفاءة شرط لابتداء النكاح لافي البقاء ألا ترى أنه لو أعسر الزوج أو انتفى نسبه لايثبت الخيار ولكن ثبوت الخيار لزيادة ملك الزوج عليها وفي هذا لافرق عندنا بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً وهذا لان الملك انما يثبت بحسب الحل والحل

في جانبها بتنصف بالرق كما يتنصف الحل في جانبه بالرق فتزوج العبد امرأتين والحر أربعا واذا انتصف الحل رقا فاذا أعتقت ازداد الحل وبحسبته يزداد الملك على مانبينه في بابه ان شاء الله تعالى وعلى هـذا لو كانت مكاتبة زوجت نفسها باذن مولاها ثم أدت فعتقت يثبت لها الخيار لزيادة الملك عليها عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لايثبت الخيار هنا لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد عليها بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهـذا غير موجود هنا فان المهر لها والنكاح ما انعقد الا برضاها وكان ابن أبي ليلى يقول ان أعانها على أداء بدل الكتابة لاخيار لها وان لم يعنها فلها الخيار ولكن الصحيح الموافق لتعليل صاحب الشرع ماابيناه ﴿قال﴾ ولو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة ثم عتقت بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا والعياذ بالله ثم سبيا معا فأعتقت الامة فلها الخيار عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ولا خيار لها عند محمد رضي الله تعالى عنه لان بأصل العقد يثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك فاذا أعتقت عاد الملك الى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول بالعتق ملكت أمر نفسها وازداد ملك الزوج عليها وذلك مثبت الخيار لها شرعا ولما صارت أمة حقيقة التحقت بالتي كانت أمة في الاصل في حكم النكاح فثبت لها الخيار بالعتق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب العنين

﴿قال﴾ رضي الله عنه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال يؤجل العنين سنة فان وصل الى امرأته فهي امرأته وان لم يصل اليها فرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة وجعل لها المهر كاملا وعليها العدة وبهذا أخذ علماؤنا بخلاف مايقوله بعض الناس انه لاخيار لامرأة العنين أصلا لحديث امرأة رفاعة فانها تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير رضي الله عنه فلم يصل اليها فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت ان رفاعة طلقني فابت طلاقي وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فلم أجد منه الامثل هدبة ثوبي تحكي ضعف حاله في باب النساء فلم يخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وجاءت امرأة الى علي رضي الله عنه فذكرت ان زوجها لايصل اليها فقال ولا وقت السحر فقالت ولاوقت السحر فقال هلكت وأهلكت

ما انا بفرق بينكما ولانه عاجز معذور فيكون منظراً بانظار الله تعالى ولكنا نستدل بحديث عمر رضي الله عنه وقد روى مثله عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعن على رضي الله عنه انه فرق بين العنين وبين امرأته وأوجب عليه المهر كاملا والصحيح من الحديث الدى رووا عن على رضي الله عنه ان تلك المرأة قالت لم يكن ذلك منه الامرة وفى هذا لايفرق بينهما عندنا وامرأة رفاعة بما ذكرت حكت صغر متاعه لا العنة وفى مثل هذا عندنا لاتخيير ثم هو معذور ولكنه فى امساكها ظالم لانه ينسد عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه ولا حاجة به اليها فوجب رفع الظلم عنها ولان مقصودها بالعقد قد فات لان مقصودها ان تستعف به وتحصل به صفة الاحصان لنفسها وفوات المقصود بالعقد أصلا يثبت للعاقد حق رفع العقد وهى تحتاج الى تقرير مهرها أيضاً وتمام ذلك بالاتفاق يحصل بالدخول فاذا انسد عليها الباب يثبت لها الخيار الا أن العجز قد يكون لآفة فى أصل الخلقة وقد يكون لعارض وانما يتبين أحدهما عن الآخر بالمدة فلهذا يؤجل والاجل فى هذا سنة كما اتفق الصحابة رضي الله عنهم الاسى (١) وقد روى عن عبدالله بن نوفل رضي الله عنه قال الاجل عشرة أشهر وانما قدرنا بالسنة لان التأجيل لابلاء العذر والحول حسن فى ذلك قال قائلهم * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر * ولان العجز عن الوصول قد يكون بعلة الرطوبة وانما يعالج ذلك في فصل الحر واليبوسة من السنة وقد يكون لغلبة الحرارة وانما يعالج ذلك في فصل البرد وقد يكون لغلبة اليبوسة وانما يعالج فى فصل الرطوبة فقدرنا الاجل بحول حتى يعالج نفسه فيوافقه العلاج فى فصل من فصول السنة فيبرأ فاذا مضت السنة ولم يصل اليها علم أن الآفة في أصل الخلقة ولهذا قالوا يقدر بسنة شمسية أخذا بالاحتياط فربما تكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين القمرية والشمسية وابتداء التأجيل من وقت الخصومة حتى اذا صبرت مدة ثم خاصمت فان ادعى الزوج أنه قد وصل اليها سألها القاضى أبكر هى أم ثيب فان قالت ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر من حال الفحل انه اذا خلا بأنثى نزى عليها وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وان كانت بكراً أراها القاضى النساء فان البكارة لا يطلع عليها الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك والمثنى أحوط لان طمأنينة القلب الى قول المثنى أكثر فان قلن انها بكر فالقول قولها وكذلك ان أقر الزوج أنه لم يصل اليها ويؤجله القاضى سنة فيأمره أن

يعالج نفسه في هذه المدة هكذا قال علي رضى الله عنه أفيضوا عليه الدحج والعسل ليراجع نفسه فان مضت السنة وادعى الزوج انه وصل اليها فهو على ما بينا من البكارة والثيابة فان أراها النساء فقلن هي بكر خيرها القاضى لان البكارة لاتبقى مع الوصول اليها فاذا خيرها القاضى فاختارت الزوج أو قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى أن قامت أو أقيمت يسقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء وان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج بأن يطلقها فان أبى فرق القاضى بينهما وكانت تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعي يكون فسخاً بمنزلة الرد بالعيب كما هو مذهبه وأما عندنا المستحق على الزوج أحد الشيئين اما الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فاذا عجز عن أحدهما تعين الآخر فاذا امتنع منه ناب القاضي منابه في التسريح والتسريح طلاق وقد روينا عن عمر رضى الله تعالى عنه انه جعلها تطليقة بائنة وهذا لان المقصود بالرجعي لا يحصل فالمقصود ازالة ظلم التعليق وفي الرجعي يستبد الزوج بالمراجعة مع ان حكم الرجعة مختص بعدة واجبة بعد حقيقة الدخول وذلك غير موجودهنا وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في غير الاصول انها كما اختارت نفسها تقع الفرقة بينهما اعتباراً بالمخيرة بتخيير الزوج أو بتخيير الشرع كالمعتقة ثم لها المهر كاملا عليه لوجود التسليم المستحق بالعقد منها وعليها العدة لما استوفت كمال المهر به قضى عمر وعلى رضى الله عنهم وقالا ماذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وكما لا يسقط حقها بترك المرافعة زمانا فكذلك لا يسقط حقها بتأخير الخصومة بعد مضى الاجل فان ذلك للاختبار منها لا للرضا به والانسان لا يتمكن من الخصومة في كل وقت خصوصا في هذه الحالة الا أنه لا يحتسب على الزوج بما مضى من المدة قبل المرافعة لان الأمر لم يكن مضيقا عليه قبل التأجيل وربما كان امتناعه من صحبتها لغرض له في ذلك سوى العجز ولكن بعد التأجيل يترك ذلك الغرض بما يلحقه من العار وضرر زوال ملكه فلهذا لا يحتسب بالمدة قبل التأجيل ويحتسب عليه بزمان حيضها وشهر رمضان لان الصحابة رضى الله عنهم قدروا الاجل بسنة مع علمهم انه لايخلو عن ذلك عادة فان مرض الزوج في المدة أو مرضت مرضاً لايستطاع جماعها فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان في احدى الروايتين اذا كان

المرض أكثر من نصف الشهر لا يحتسب بمدة المرض على الزوج وان كان دون ذلك يحتسب عليه بالقياس على أيام شهر رمضان فانه في النهار يمتنع عليه غشيانها ثم ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو وفى الرواية الأخرى قال اذا كانا صحيحين فى شيء من السنة ولو فى يوم واحد يحتسب عليه بزمان المرض وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهراً لا يحتسب ويزاد فى مدته بقدر مدة المرض وان أحرمت بحجة الاسلام لا يحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لا يقدر ان يحللها الا ترى انها لو كانت محرمة حين خاصمت لم يؤجله القاضى حتى تفرغ من الحج ولو خاصمت والزوج مظاهر منها فان كان يقدر على العتق أجله وان كان عاجزاً عن ذلك أمهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها مالم يكفر والعاجز عن العتق كفارته بالصوم شهران فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضى الى ذلك واحتسب عليه تلك المدة لانه كان متمكنا من ان لا يظاهر منها وكذلك ان كان يصل الى غيرها من النساء أو جواريه ولا يصل اليها خيرها القاضى لان التخيير لرفع الضرر عنها ولا يحصل ذلك بوصوله الى غيرها بل تزداد به غيظا ولو كان غشيها مرة واحدة ثم انقطع بعد ذلك فلا خيار لها لأن ماهو مقصودها من تأكد البدل أو ثبوت صفة الاحصان قد حصل لها بالمرة ﴿ قال ﴾ ولو وجدته مجبوباً خيرها القاضى فى الحال لان التأجيل في العنين لرجاء الوصول اليها وذلك فى المجبوب لا يوجد فالمقطوع من الآلة لا ينبت فلهذا فرق بينهما فى الحال وان كان قد خلا بها فلها المهر كاملا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولها نصف المهر فى قولهما لان التيقن بعدم الوصول اليها موجود هنا وعذر الجب فى الزوج أبين من عذر المرض فاذا كان مرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبوباً أولى بخلاف العنين فان ذلك باطن لا يوقف على حقيقته وهذا ظاهر يشاهد فيجب اعتباره فى الحكم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هى أتت بالتسليم المستحق عليها بالعقد وحقها فى البدل يتقرر بذلك وهذا لان المقدما نعقد لاستحقاق المجامعة به فانه لا كون له وانما انعقد لما وراء ذلك وقد أتت به فيتقرر حقها ثم يجب عليها العدة اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يشكل لانه قد تقرر جميع المهر واما عندهما تجب العدة استحسانا وأشار فى كتاب الطلاق الا أنه لا تجب العدة عندهما وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال لا تجب العدة أراد فى مجبوب قد جف ماؤه فيكون هذا

بمنزلة الصبي لاتعتبر خلوته في ايجاب العدة وحيث قال تجب العدة أراد في مجبوب له ماء يسحق فينزل فتجب العدة احتياطاً وان لم يكن دخل بها أو خلا بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها ثم بعد ما فرق القاضي بينهما في الموضع الذي وجبت عليها العدة اذا جاءت بولد الى سنتين يثبت النسب منه ولا تبطل تلك الفرقة لان ثبوت النسب باعتبار الانزال بالسحق وذلك غير مبطل حقها بخلاف العنين اذا فرق القاضي بينهما وهو يدعي الوصول اليها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب ويبطل التفريق لانا حين حكمنا بثبوت النسب فقد حكمنا بوصوله اليها وكذلك لو شهد شاهدان بعد التفريق على اقرارها بالوصول اليها قبل التفريق بطل تفريق القاضي بينهما كما لو عرف القاضي اقرارها في ذلك الوقت بخلاف ما اذا أقرت بعد التفريق أنه كان وصل اليها فان قولها في إبطال التفريق ورفع الطلاق الواقع غير مقبول لكونها متهمة في ذلك والخصي بمنزلة العنين لان رجاء الوصول في حقه موجود لبقاء الآلة ولو تزوجت واحداً من هؤلاء وهي تعلم بحاله فلا خيار لها فيه لانها صارت راضية به حين أقدمت على العقد مع علمها بحاله ولو رضيت به بعد العقد بأن قالت رضيت سقط خيارها فكذلك اذا كانت عالمة به ولا فرق في قولها رضيت بالمقام معه بين أن يكون عند السلطان أو غيره لانه اسقاط لحقها ﴿ قال ﴾ وليس يكون أجل العنين الا عند قاضي مصر أو مدينة يجوز قضاؤه ولا يجوز عند من هو دون هؤلاء ومراده بهذا الاشارة الى الفرق بين خيار المعتقة والعنين فان ذلك لا يختص بمجلس الحكم وهو من جهتها فلم يكن طلاقا وهذا يختص بمجلس الحكم وهو لمعنى من الزوج فلهذا كان طلاقا وقد تبين بهذا اللفظ ان المصر شرط لجواز القضاء فانه لا يجوز القضاء في غير المصر بمنزلة اقامة الجمعة انه يختص بالمصر ﴿ قال ﴾ ولو تزوج امرأة فوصل اليها ثم فارقها ثم تزوجها بنكاح جديد ولم يصل اليها يؤجل كما يؤجل العنين لان النكاح الثاني غير النكاح الأول فلا يعتبر الوصول في النكاح الاول فيما يستحق في النكاح الثاني ﴿ قال ﴾ والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له ان يتزوج امرأة فان لم يصل اليها أجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول قائم فان كان يبول من مبال النساء فهو امرأة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بذلك بعده فلا خيار للزوج لان الطلاق في يده وهو نظير الرتقاء وقد بيناه ﴿ قال ﴾ ولو كانت المرأة رتقاء والزوج عنينا لم يكن لها ان تخاصمه لانه لاحق لها في المطالبة بالجماع مع قيام المانع فيها وذكر

في

فى اختلاف زفر ويعقوب اذا زوج أمته فوجدته عنينا ان الخصومة فى ذلك الى المولى فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان المهر واجب له فهو محتاج الى أن يؤكد حقه ولأن النسل يكون ملكا له وبكونه عنينا يفوت ذلك وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الخيار لها لان المقصود بالوطء قضاء الشهوة وذلك يحصل لها دون المولى فكان حق المرافعة اليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح الشغار

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن نكاح الشغار وأصل الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لاجلب ولا جنب ولا شغار فى الاسلام والشغار أن يقول الرجل للرجل أزوجك أختي على أن تزوجنى أختك على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى أو قالا ذلك فى ابنتيهما أو أمتيهما ثم النكاح بهذه الصفة يجوز عندنا ولكل واحدة منهما مهر مثلها وعند الشافعى رضى الله عنه النكاح باطل لنهيه صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ولانه شرط الاشراك فى بضع كل واحدة منهما حين جعل النصف منه صداقا والنصف منكوحة وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك فالاشتراك به يكون مبطلا كما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين وحجتنا فى ذلك أنه سمى بمقابلة بضع كل واحدة منهما ما لا يصلح أن يكون صداقا فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير وهذا لانه لما لم يكن فى البضع صلاحية كونه صداقا لم يتحقق الاشراك فبقى هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو شرط أن يهبها لغيره أو نحوه بخلاف ما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشراك واستدلاله بالنهى باطل لان النهي للخلو عن المهر هكذا قال ابن عمر رضى الله عنهما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تزوج المرأة بالمرأة من غير مهر لكل واحدة منهما وهذا لان الشغار هو الخلو فى اللغة يقال شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه ليبول وبلدة شاغرة اذا كانت خالية من السلطان وانما أراد به ان لا تخلو المرأة بالنكاح عن المهر وبه نقول وان سمى لكل واحدة من المرأتين مهرا فلكل واحدة منهما ماسمي من المهر واشتراط أحد العقدين فى الآخر غير مؤثر هنا لانه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بمثله ﴿قال﴾ واذا جعل

مهر امرأته طلاق أخرى كان النكاح جائزاً بمهر مثلها ولم يكن الطلاق مهراً وكذلك ان جعل القصاص مهراً فقد وقع العفو ولها مهر مثلها عندنا. وقال الشافعي رحمه الله تعالى كلما يجوز أخذ العوض عنه بالشرط يصلح أن يكون مهراً لان المقصود تحقق المعاوضة وأصل المسئلة في تعليم القرآن فان عنده تعليم القرآن يصلح أن يكون صداقا للحديث الذي روينا في قوله زوجتكها بما معك من القرآن ولكنا نقول اشتراط صفة المالية في الصداق ثابت بالنص وهو قوله تعالى ان تبتغوا بأموالكم وطلاق الضرة والعفو عن القصاص ليس بمال وكذلك تعليم القرآن وتأويل الحديث بحرمة ما معك من القرآن وعلى هذا الأصل قلنا اذا اعتق أمته على أن يتزوجها ويكون العتق صداقا لها فزوجت نفسها منه فلها مهر مثلها لان الاعتاق ابطال للرق فلا يصلح ان يكون صداقا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه جوز ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت حيي رضي الله عنها وتزوجها وجعل عتقها صداقا لها ولكنا نقول قد روى انه تزوجها بمهر جديد ولو ثبت ذلك فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بالنكاح بغير مهر وعلى هذا لو تزوجها على أن يخدمها سنة فان كان الزوج عبداً صحت التسمية لتضمنها تسليم المال اليها فان رقبة العبد مال وان كان الزوج حرا لم تصح التسمية هكذا ذكر في الجامع الصغير ونحوه روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه اذا تزوجها على ان يرعى غنمها سنة يجوز استدلالا بقصة موسى مع شعيب عليهما السلام فمن أصحابنا من فرق بينهما فقال هي مأمورة بان تعظمه ورعي غنمه وذلك ليس بخدمتها اياه ولهذا لم يجز ان يكون خدمتها صداقا وذلك لا يوجد في عمل الرعي الا ترى ان الابن لا يستأجر اباه للخدمة ويستأجره له عمل آخر والاصح ان في الفصلين روايتين في احدى الروايتين لا تصح التسمية لان المنفعة ليست بمال واشتراطها من الحر لا تتضمن تسليم المال اليها وفي الرواية الاخرى تصح التسمية لان المنفعة تأخذ حكم المالية عند العقد ولهذا لا يثبت الحيوان دينا في الذمة بمقابلتها فاذا لم تصح تسمية الخدمة فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لها مهر مثلها لانه سمى مالا يصلح ان يكون صداقا لها فهو كتسمية الخمر وعند محمد رحمه الله تعالى لها قيمة خدمته لان الخدمة متقومة عند العقد وان لم تكن مالا فاذا تعذر تسليمها لها تجب قيمتها كما لو تزوجها على عبد فاستحق ثم قد بينا الفرق بينهما اذا تزوج المرأة على طلاق ضرتها

وبين ما اذا تزوجها على ان يطلق ضرتها فى حكم وقوع الطلاق على الضرة فكذا اذا تزوجها على القصاص حصل العفو بنفس العقد واذا تزوجها على ان يعفو عن القصاص لم يسقط القصاص الا بمباشرة العفو ولا يجبر على ذلك وكذلك اذا تزوجها على عتق ابيها عتق الاب بنفس العقد بخلاف ما اذا تزوجها على أن يعتق أباها ولها مهر مثلها لان ماسمى صداقا من عتق الاب ليس بمال بخلاف ما اذا تزوجها على عتق أبيها عنها لانه يتضمن تمليك رقبة الاب منها فان العتق عنها لا يكون الا بهذا الشرط ورقبة الاب مال يصلح أن يكون صداقا لها واذا زوج ابنته من رجل على مهر مسمى على أن يزوجه الآخر ابنته على مهر مسمى فان زوجه فلكل واحدة منهما ماسمى لها من المهر وان لم يزوجه الآخر كان للمزوجة تمام مهر مثلها لان رضاها بدون مهر المثل باعتبار منفعة مشروطة لابيها ومنفعة أبيها كمنفعتها ولو شرط لها مع المسمى منفعة كان لها مهر مثلها كذا هنا والله أعلم بالصواب

باب نكاح الاكفاء

﴿قال﴾ رضى الله عنه قد قدمنا بيان ما هو مقصود هذا الباب وهو اعتبار الكفاءة فى النكاح وصحة عقد النكاح من كفء بمهر مثلها بمباشرتها أو بمباشرة غيرها برضاها بغير ولى واستدل على ذلك بآثار رويت فمنه حديث جعفر رضى الله عنه ان النبي صلى الله وسلم تزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكان الذى ولى عقد النكاح النجاشى ومهرها عنه اربعمائة دينار ومنه حديث عائشة رضى الله عنها انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر من المنذر بن الزبير رضى الله عنه وعبد الرحمن غائب فقال امثلى يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضى الله عنها أو ترغب عن المنذر لتملكن امرها عبد الرحمن فملكها فقال مابى رغبة عنه ومنه حديث عبد الرحمن بن مروان رضى الله عنه قال زوجت امرأة ممنا فى الدار ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموها الى على رضى الله عنه فاجاز النكاح ومنه حديث بحرية بنت هانئ قالت زوجت نفسى من القعقاع ابن شور فخاصم أبى الى على رضى الله عنه فأجاز النكاح ولكن الحجة بهذه الآثار على الشافعى رضى الله عنه حيث يقول لا ينعقد النكاح بعبارة النساء فأما على قول محمد رحمه الله تعالى لا تقوى الحجة ببعض هذه الآثار فانه يقول فى حديث النجاشى انه كان هو الولى لانها كانت مسلمة في ولايته فان أم حبيبة رضى الله تعالى

عنها من جملة من هاجر الى الحبشة ولأن عقد عائشة رضى الله تعالى عنها كان موقوفا على اجازة عبد الرحمن وكذلك ما أجازه على رضى الله تعالى عنه انما أجازه بولاية السلطنة ثم استكثر من الشواهد فى جواز تزويج المرأة نفسها من كفء فمن ذلك ان الولى لو عضلها فخاصمته الى السلطان فانه يحق على السلطان أن يأمر الولى بذلك وان أبى أن يزوجها السلطان فاذا صنعت هى بنفسها كيف تحكم ببطلان ماصنعت وكذلك لو أن رجلا أعتق أم ولده ولها ولد ثم تزوجها من غير أن يعلم ولدها منه أما كان يجوز هذا النكاح باعتبار ان الولى هـذا الولد أرأيت لو أن امرأة أعتقت أباها وهو معتوه فزوجته أما كان يجوز هـذا فاذا كانت تملك أن تزوج أباها فكيف لاتملك أن تزوج نفسها واستكثر من هذا الجنس من الشواهد وقد ذكر فى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى ان ابن أبى ليلى قال لا يجوز ذلك وان أبا يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لايجوز ذلك حتى يجيزه القاضى أو الولى وقد تقدم بيان مافيه من اختلاف الروايات عنهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح الاماء والعبيد

(قال) رضى الله عنه وللرجل الحر اذا لم يكن تحته حرة أن يتزوج أربعا من الاماء عندنا وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه ليس للحر أن يتزوج الا أمة واحدة والخلاف بيننا وبينه فى فصول (أحدها) أن الحر اذا لم يكن تحته حرة ولكنه قادر على طول الحرة عندنا له أن يتزوج الأمة والأولى أن لا يفعله وعنده ليس له أن يتزوج أمة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فالله تعالى شرط لجواز نكاح الامة عدم طول الحرة والتعليق بالشرط يقتضى الفصل بين الوجود والعدم ثم بين أن نكاح الامة للحر لضرورة خوف الزنا على نفسه وذلك انما يكون عند عدم طول الحرة والمعنى فيه أن فى تزوج الحر الامة تعريض ولده للرق لان الولد جزء منه وهو تابع للأم فى الرق وكما لايجوز له أن يعرض نفسه للرق لا يجوز له أن يعرض ولده للرق من غير ضرورة ولهـذا المعنى لايجوز نكاح الامة اذا كان تحته حرة فكذلك اذا كان قادراً على طول الحرة ولا يبعد أن يمتنع النكاح عليه لحق الولد ألا ترى أنه لايتزوج المعتدة من الغير لما فيه من اشتباه نسب

الولد ولان نكاح الامة بدل في حق الحر لان عقد النكاح عقد ازدواج وهو ينبنى على المساواة في الاصل ولامساواة بين الحر والامة فكان نكاح الامة في معنى البدل فكما أن وجود الاصل يمنع العدول الى البدل فكذلك القدرة على تحصيله كالتيمم فان وجود الماء كما يمنع التيمم فالقدرة على تحصيله بالشراء تمنع وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فاذا استطاب نكاح الامة جازله ذلك بظاهر الآية والمعنى فيه ان النكاح يختص بمحل الحل والامة من جملة المحلات فى حق الحر كالحرة فيكون جواز نكاحها أصلا لابدلا ولا ضرورة والدليل على أنها محالة له أنها بملك اليمين محالة له ولايحل بملك اليمين الا ما يحل بملك النكاح وانها محالة للعبد أصلا بالاتفاق فكذلك للحر بل أولى لان الحل في حق الحر أوسع منه في حق العبد حتى لايثبت الحل للعبد بملك اليمين ويثبت للحر وهذا لان الاناث من بنات آدم في أصل الخلقة تحل للذكور لان المقصود حصول النسل وذلك يتحقق بين الذكور والاناث ثم الحرمة بعد ذلك بمعانى نص عليها الشرع من الامية والاختية ونحوهما فاذا انعدمت هذه المعانى كان الحل ثابتاً باعتبار الأصل ولا معنى لاعتبار تعريض الولد للرق أيضاً فان نكاح العقيم والعجوز يجوز وفيه تضييع النسل أصلا فلان يجوز نكاح الأمة وان كان فيه تضييع صفة الحرية للنسل أولى وكذلك ان تزوج أمة ثم قدر على طول الحرة أو تزوج حرة كان له ان يطأ الأمة بالنكاح بعد ذلك وفى هذا تعريض ولده للرق فبهذا تبين ان اعتماده على هذا المعنى لايصح وكذلك دعواه ان الأمة فى حكم البدل فاسد فانها لو كانت بدلا لم يبق النكاح بينه وبينها بعد وجود الأصل كما لايبقى حكم التيمم بعد وجود الماء فاما اذا كانت تحته حرة فمن أصحابنا من يقول حرمة نكاح الأمة فى هذه الحالة بالنص بخلاف القياس على ما قال صلى الله عليه وسلم لاتنكح الأمة على الحرة الا ترى ان الحرة لو كانت صغيرة أو غائبة لم يجز له ان يتزوج الأمة وان كان هو لايستغنى بنكاحها عن الأمة ويخاف الوقوع فى الزنا فعرفنا انّ المانع هناك عين نكاح الحرة لاالاستغناء بنكاحها وكان الكرخى رحمه الله تعالى يقول بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية فهو بتزوج الأمة يبطل الحق الثابت وحق الحرية لايجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بطول الحرة لايثبت حق الحرية لولده ومنهم من يقول ان الأمة ليست من جملة المحلات بالنكاح مضمومة الى الحرة وهى من جملة المحلات منفردة عن الحرة لان الحل الذى ينبنى عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال

والنساء فكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد اثنتين والحر أربعاً فكذلك يتنصف برق المرأة ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لاتحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فاما ان نقول الاحوال ثلاثة حال ماقبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لاتحتمل التجزى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها أو في الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فتجعل محللة منفردة عن الحرة ومحرمة مضمومة الى الحرة فاذا كانت تحته حرة فهو بنكاح الامة يضمها الى الحرة فلهذا لايصح فاما مع طول الحرة فهو بنكاح الامة لايضمها الى الحرة فلهذا جاز نكاحها فأما الآية فقد نقل عن ابن عباس رضى الله عنه ان المراد حال وجود نكاح الحرة وبه نقول على ان من أصلنا ان التعليق بالشرط يقتضى وجود الحكم عند وجود الشرط ولكن لايوجب انعدام الحكم عند انعدام الشرط لجواز ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط لعلة أخرى وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله تعالى يجوز للحر ان يتزوج أربعاً من الاماء كما يجوز له أن يتزوج أربعاً من الحرائر وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى ليس للحر ان يتزوج الأمة واحدة لان جواز نكاح الامة للحر عنده لاجل الضرورة وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة فلا يجوز له أن يتزوج أكثر منها كتناول الميتة لما كان حلها لاجل الضرورة لم يجز الا بقدر مايسد به رمقه وعندنا نكاح الامة للحر مباح مطلقا كنكاح الحرة فيجوز له ان يتزوج أربعاً من الحرائر وعلى هذا يستوى عندنا ان كن مسلمات أو كتابيات وعند الشافعى رضى الله عنه لايجوز نكاح الامة الكتابية للمسلمين لان الضرورة ترتفع عنه بنكاح الامة المسلمة فلا يجوز له نكاح الامة الكتابية أصلا فان الكتابية تكون في ملك الكافر عادة وتعريض ولده لرق المسلم أهون من تعريضه لرق الكافر واستدل بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب معناه من الحرائر فانما جوز نكاح الكتابية بشرط ان تكون حرة فاذا كانت أمة لم تدخل تحت النص وانما دخلت تحت قوله ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولان كفرها يتغلظ ببعض آثاره وهو الرق فلا يجوز نكاحها أصلا كالمجوسية وحجتنا في ذلك مابينا ان الأمة الكتابية محللة للمسلم بملك اليمين فكذلك بملك النكاح كالمسلمة وهذا لان مالا يحل بملك النكاح لايحل بملك اليمين

كالمجوسية والدليل عليه أن الشرع سوى بين حكم النكاح والذبيحة ثم في حق حل الذبيحة الكتابية كالمسلمة أمة كانت أو حرة فكذلك في حكم النكاح وأما الآية فقد قيل ان المراد من قوله والمحصنات العفائف من أهل الكتاب فتتناول الأمة كالحرة ولئن كان المراد الحرائر فاباحة نكاح الحرائر من أهل الكتاب لا يكون دليلا على حرمة نكاح الاماء ولكن هذا لبيان الاولى واسم المشركة لا يتناول الكتابية لاختصاصها باسم آخر الا ترى أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب بقوله لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين الآية ﴿قال﴾ ولو تزوج أمة بغير اذن مولاها ثم تزوج حرة ثم أجاز مولى الامة لم يجز لان ثبوت ملك الحل عند الاجازة وعند الاجازة الحرة تحته فبهذه الاجازة يحصل ضم الامة الى الحرة وهي ليست من المحللات مضمومة الى الحرة ولانه اعترض بعد العقد قبل الاجازة ما يمنع ابتداء العقد فيمنع الاجازة كما لو تزوج امرأة نكاحا موقوفا ثم تزوج أختها ثم ان الاولى أجازت لم يجز أرأيت لو تزوج أم هذه الامة أو ابنتها وهي حرة قبل أجازة مولاها ثم أجاز المولى أكان يجوز قال لا يجوز شيء من ذلك لما ذكرنا ﴿قال﴾ واذا تزوج أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقها المولى ولم يعلم بالنكاح فان هذا العتق امضاء للنكاح واجازة له لان الامة مخاطبة وانما امتنع نفوذ عقدها لحق المولي فاذا سقط حق المولى نفذ العقد وكان نفوذ هذا العقد من جهتها لا من جهة المولى وما قال انه امضاء واجازة توسع في الكلام فأما نفوذ العقد من جهتها ولهذا لا يثبت لها خيار العتق كما لو زوجت نفسها بعد العتق لان خيار العتق انما يثبت اذا ازداد الملك عليها بالعتق ولا يتحقق ذلك اذا كان نفوذ العقد ابتداء بعد العتق ولهذا كان المهر لها ان لم يكن دخل بها قبل العتق لان الملك انما يثبت عليها فما يقابله من البدل يكون لها وعن زفر رحمه الله تعالى انه قال يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته لسقوط حقه بالعتق فتعين فيه جهة البطلان كما لو باع مال الغير ثم ان المالك باعه من انسان آخر يبطل به البيع الاول ولكنا نقول ما توقف هذا العقد على اجازة المولى وانما امتنع نفوذه لقيام حق المولى وقد سقط حق المولى بالعتق بعد العقد لزوال المانع من النفوذ وهذا بخلاف ما اذا أذن لها المولى في النكاح فانه لا ينفذ ذلك العقد ما لم يجز لان بالاذن لم يسقط حق المولى فلا بد من اجازة المولى أو اجازة من قام مقامه فاما بالعتق هنا سقط حق المولى وهذا بخلاف

ما اذا اشترت شيئاً ثم أعتقها المولى فانه يبطل الشراء لان ذلك الشراء انعقد موجباً الملك للمولى فلو نفذ بعد عتقها كان موجباً الملك لها وذلك لا يجوز فاما هنا النكاح انعقد موجب الحل لها وبعد العتق انما ينفذ بهذه الصفة ولو لم يعتقها ولكنه مات فورثها ابنه فان كانت تحل للابن بأن لم يمسها الاب بطل النكاح وليس للابن أن يجيزه لانه طرأ حل نافذ على الحل الموقوف فيكون مبطلا لذلك الموقوف كما اذا طرأ ملك نافذ على ملك موقوف بأن باع ملك الغير ثم اشتراه من المالك بطل ذلك العقد ولا يملك الاجازة بعد وهذا لان بين الملكين والحلين في المحل منافاة فنفوذ أحدهما في المحل يكون مبطلا للآخر وان كانت ممن لا يحل للابن فأجاز الابن ذلك النكاح جاز عندنا لانه قائم مقام الاب في هذه الاجازة ولم يوجد المنافي وهو طريان الحل النافذ على الحل الموقوف ولا يجوز عند زفر لانه انما توقف على اجازة الاب فلا ينفذ باجازة غيره وكذلك لو باعها المولى أو وهبها أوسلها فان كانت تحل للمشترى والموهوب له لم ينفذ ذلك العقد باجازتهما وان كانت لا تحل لهما نفذ العقد باجازتهما عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى ولو كانت تحل لمن ملكها فدخل بها الزوج بعد ما ملكها وقد أجاز ما ملكها النكاح أو لم يجز كان عليه الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها في النكاح قبل انتقال الملك لان الدخول حصل بشبهة النكاح فسقط الحد ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ويكون ذلك لمالكها يوم وطئها لانه انما وجب بدلا عن المستوفى بالوطء والمستوفى بالوطء مملوك للثانى فكان البدل له ولو كان قد جامعها في ملك الاول ثم أجاز النكاح الآخر فانه يجعل عليه مهر واحد للأول لان الدخول بها في الملك الاول حصل بشبهة النكاح فيجب المهر بمقابلة المستوفى منها وذلك المستوفى مملوك للاول فكان المهر له ثم ذكر أن النكاح لا ينفذ باجازة الثانى هنا لانه قد فسد حين ملكها ومن أصحابنا من يقول هذا غلط لانه لما دخل بها الزوج في ملك الاول وجب عليها العدة والمعتدة لا تحل لغير المعتد منه فهى لم تصر محللة للمالك الثانى فلا يفسد النكاح الموقوف فاذا أجازه كان صحيحاً ولكنا نقول ما ذكره في الكتاب صحيح لان وجوب العدة انما يكون بعد التفريق بينهما فأما قبل التفريق فهى ليست بمعتدة فاعتراض الملك الثانى يبطل الملك الموقوف وان كان هو ممنوعا من غشيانها وجعل هذا قياس المنع بسبب الاستبراء وذلك لا يمنع بطلان النكاح الموقوف فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولو كان دخل بها في ملك الاول ثم

أعتقها جاز النكاح وفى القياس عليه مهران مهر للمولى بالدخول بشبهة النكاح قبل العتق ومهر لها لنفوذ العقد عليها بعد العتق لان ملك الحل انما يثبت بعد العتق ولا يجوز اثباته بغير مهر ولكنه استحسن فقال لا يجب الا مهر واحد للمولى لان وجوب المهر بالدخول انما يكون باعتبار العقد ألا ترى أنه لو لم يسبق العقد لا يجب المهر والعقد الواحد لا يوجب الا مهراً واحداً واذا وجب به المهر للمولى لا يجب لها به مهر آخر توضيحه أن الاجازة وان كانت بعد العتق فحكمها يستند الى أصل العقد ألا ترى أن الشهود ويشترط عند العقد لا عند الاجازة وشرط الشهود اختص بملك الحل كشرط المهر فكما أن وجود الشهود عند العقد يغني عن اعتباره عند الاجازة فكذا وجوب المهر للمولى عند العقد يغني عن اعتبار مهر آخر لها عند الاجازة ولو لم يعتقها ولكنه أجاز النكاح جعل اجازته فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو كان أذن لها فى النكاح جاز عقدها ويشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاذن فكذلك اذا أجازه فى الانتهاء انما يشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاجازة ﴿قال﴾ وللمولى أن يكره أمته أو عبده على النكاح أما الامة فلان بضعها مملوك للمولى فهو انما يعقد على ملك نفسه بتزويجها وله ولاية العقد على ملك نفسه بغير رضاها كما لو باعها والدليل عليه أن البدل يجب للمولى والنفقة تسقط عن المولى فهو فيما صنع عامل لنفسه وأما العبد فللمولى أن يزوجه من غير رضاه عندنا وليس له ذلك عند الشافعى رحمه الله تعالى لان ما تناوله النكاح من العبد غير مملوك للمولى عليه فهو فى تزويجه متصرف فيما لا يملكه فلا يستبد به وهذا لان المولى فيما لا يملكه من عبده كاجنبي آخر ألا ترى أنه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص لان دمه غير مملوك له ولا يملك أن يطلق امرأة العبد لانها غير مملوكة للمولى فكذلك لا يملك تزويجه لان محل هذا العقد غير مملوك له توضيحه أن تزويجه بغير رضاه لا يفيد مقصود النكاح لان الطلاق بيد العبد فيطلقها من ساعته ولكنا نستدل بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شئ فانما عقد المولى على شئ لا يقدر العبد عليه ولانه مملوكه على الاطلاق فيملك نكاحه بغير رضاه كالامة وهذا لان فى الامة انما يملك المولى العقد عليها لملكه رقبتها لا لملكه ما يملك بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستدعى ملك ما يملك بالنكاح ولا يثبت باعتباره الا ترى ان الولى يزوج الصغيرة وهو لا يملك عليها ما يملك بالنكاح فثبت ان فى حق الأمة انما

يملك تزويجها بملكه رقبتها لايملكه عليها مايملك بالنكاح وهذا موجود في جانب العبد بل أولى لان في تزويج الأمة ينظر لنفسه وفي تزويج العبد انما ينظر للعبد ولان الأمهار أحد شطري العقد فيملكه المولى بملك الرقبة كتمليك البضع في جانب الامة وما قال انه غير مملوك للمولى فاسد من الكلام فان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق وما لا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبق على أصل الحرية يستبد به كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته وهنا العبد لما كان لايستبد به عرفنا انه مملوك للمولى عليه وموجب النكاح الحل وذلك يحصل بالنكاح الى ان يرتفع بالطلاق والظاهر ان حشمة المولى تمنعه من ايقاع الطلاق ﴿ قال ﴾ ولو أقر المولى بالنكاح على عبده لم يصح اقراره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف مالو أقر على أمته بالنكاح وقد بيناهذافيما سبق وذكر شعيب بن أبي القاسم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى على عكس هذا ان اقرار المولى بالنكاح على عبده صحيح وعلى أمته لايصح لانها فرج فلا تحل للزوج بمجرد قول المولى بغير شهود ﴿ قال ﴾ واذا عتقت الامة المنكوحة فلها الخيار كما بينا فان اختارت نفسها وقد دخل الزوج بها فالمهر المسمى واجب لسيدها لان الدخول حصل بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا لسيدها لان اختيارها نفسها فسخ للنكاح من أصله فيسقط به جميع المهر كما اذا فرق بينهما لانعدام الكفاءة فان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل بها أو لم يدخل بها لان المسمى وجب بنفس العقد بمقابلة ماملكه الزوج وانما ملك ذلك على المولى فكان البدل للمولى ولو لم يعتقها كان للسيد ان يستوفي الصداق من زوجها وليس للزوج أن يمتنع من ذلك حتى يسلمها اليه لان المولى في استحقاق صداق الامة كالحرة في استحقاق صداق نفسها وهناك لها ان تحبس نفسها لاستيفاء صداقها فهنا أيضاً للمولى أن يحبسها اذا كان الصداق حالا وان كان الصداق مؤجلا لم يكن له أن يحبسها ولا للحرة ان تحبس نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على قياس المبيع لايحبس بالثمن المؤجل وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وان كان الصداق مؤجلا فللمرأة ان تحبس نفسها لاستيفائه بخلاف البيع لان تسليم النفس عليها في جميع العمر والمطالبة بالصداق ثابت لها في العمر وفي البيع استحقاق التسليم عقيب العقد وليس له حق المطالبة بالثمن في ذلك الوقت اذا كان مؤجلا فان كان

استوفى المولى صداقها أمر المولى أن يدخلها على زوجها ولكن لايلزمه ان يبوأها معه بيتا لان خدمتها حق المولى فلا تقع الحيلولة بينه وبين استيفاء حقه ولكنها تخدم المولى في بيته كما كانت تفعله من قبل ومتى ماوجد الزوج منها خلوة أو فراغاً قضى حاجته فان لم يدخل بها حتى قتلها مولاها فعليه رد جميع الصداق على الزوج في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان كان لم يقبض الصداق سقط جميع حقه عن الزوج وعندهما لايسقط شئ منه وكذلك لو باعها المولي في مكان لايقدر الزوج عليها وجه قولهما ان القتل موت بأجل فيتقرر به جميع الصداق كما لو قتلها غير المولى وهذا لان بالموت تنتهى مدة النكاح فان النكاح يعقد للعمر فبمضي مدته ينتهى العقد وانتهاء العقد موجب تقرير البدل والدليل عليه ان كل واحد منهما يرث من صاحبه حتى لو جرحها المولى ثم أعتقها فاكتسبت مالاثم ماتت من تلك الجراحة فان الزوج يرثها ولو مات الزوج قبلها ورثته أيضاً والتوريث انما يكون عند انتهاء النكاح بالموت وبهذا يتبين انه لم ينفسخ النكاح بينهما وسقوط المهر من حكم انفساخ النكاح وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول من له الحق في البدل اكتسب سبب فوات المعقود عليه قبل التسليم فيسقط حقه في المطالبة بالبدل كما لو أعتقها فاختارت نفسها قبل الدخول وهذا لان القتل موت كما قال ولكن يتضمن فوات المعقود عليه فان كان المولى هو الذى اكتسب سببه يجعل التفويت محالا به اليه الا ترى ان البائع لوأتلف جزءً من المبيع قبل القبض يسقط حقه في حصته من الثمن ولو قتل العبد المبيع يسقط جميع الثمن وهذا لان القتل في الحقيقة موت باجل ولكن في حق القاتل جعل في احكام الدنيا كانه غير الموت حتى يجب على القاتل القصاص والكفارة والدية ان كان خطأً ومن ذبح شاة انسان بغير امره يكون ضامنا له وباعتبار موته هو محسن الى صاحب الشاة فيما صنعه غير متلف عليه شيئاً توضيحه ان المولي لوغيب أمته لم يكن له أن يطالب الزوج بصداقها فاذا أتلفها أولى أن لايكون له أن يطالب بصداقها وهذا الكلام يتضح فيما اذا باعها في مكان لايقدر عليه الزوج فانه لافرق بين هذا وبينما اذا غيبها من غير بيع اما الميراث فنقول هذا في الحقيقة موت ولكن جعلناه اتلافا في حق القاتل والميراث ليس للقاتل بل ذلك شئ بينها وبين الزوج وفيما بينهما هذا موت منه للنكاح ولوقتلت الحرة المنكوحة نفسها قبل أن يدخل بها الزوج لم يسقط مهرها عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يسقط لان

الحق في المهر لما وقد فوتت المعقود عليه قبل الدخول والتسليم فصار كما لو ارتدت قبل الدخول أو قتل المولى أمته ولكنا نقول قتلها نفسها في الاحكام كموتها ولو كانت ماتت لم يسقط مهرها وانما قلنا ذلك لان قتلها نفسها هدر في أحكام الدنيا انما تؤاخذ به في الآخرة فاما في الدنيا لا يتعلق به شئ من الاحكام فهو كموتها بخلاف قتل المولى أمته فانه معتبر في الاحكام حتى يتعلق به الكفارة ان كان خطأ والضمان ان كان عليها دين توضيحه ان بعد قتلها نفسها المهر لورثتها لا لها ولم يوجد من الورثة ما كان تفويتاً للمعقود عليه وقد بينا ان القتل موت في حق غير القاتل فاما المهر للمولى بعد قتل الامة والتفويت وجد من جهته فان قيل ماتقول فيما اذا كان الوارث هو الذى قتلها قلنا الوارث اذا قتلها صار محروما عن الميراث ولا حق له في الميراث هنا فلهذا لا يعتبر فعله في اسقاط مهرها وهذا بخلاف ردتها لانه معتبر في أحكام الدنيا ولان المهر لها بعد الردة وتفويت المعقود عليه كان منها فأما الأمة اذ قتلت نفسها فمنه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في احدى الروايتين لا يسقط مهرها كالحرة اذا قتلت نفسها بل أولى لان المهر هنا لمولاها لا لها وفي الاخرى يسقط مهرها كما لو ارتدت وهذا لان فعل المملوك مضاف الى المالك في موجبه ألا ترى أنها لو قتلت غيرها كان المولى هو المخاطب بدفعها أو فدائها فاذا قتلت نفسها جعل في الحكم كان المولى قتلها فلهذا يسقط مهرها ﴿ قال ﴾ واذا أراد الرجل أن يتزوج إمرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم يزوجها اياه ولكن الرجل تزوجها على أنها حرة فاذا هي أمة وقد ولدت له ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور وولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما وهذا لانه لم يرض برق مائه ولكن كما يعتبر حقه يعتبر حق المستحق فيكون الولد حراً بالقيمة نظراً من الجانبين ولا يرجع الزوج على المخبر بشئ لانه ما التزم له شيئاً وانما أخبره بخبر كان كاذبا فيه وذلك لا يثبت حق الرجوع عليه كما لو أخبره ان الطريق آمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه ولكنه يرجع بقيمة الولد على الامة اذا أعتقت لانها غرته حين زوجته نفسها على أنها حرة وضمان الغرر كضمان الكفالة فانها ضمنت له سلامة الولد بما ذكرت من الحرية في العقد وضمان الكفالة يجب على الامة بعد العتق ويضمن الزوج العقر للمولى ولا يرجع به على أحد لانه عوض ما استوفى منها والمستوفى كان مملوكا للمولى وهو الذى نال اللذة باستيفائه ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المستسعاة في بعض قيمتها ثم

أدت السعاية فعتقت خيرت فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان المستسعاة كالمكاتبة عنده وقد بينا أن المكاتبة اذا أعتقت وقد كانت زوجت نفسها خيرت ﴿ قال ﴾ ولا يجوز نكاح الامة فى عدة حرة من فرقة أو طلاق بائن أو ثلاث في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز فى قول أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى ولو كانت معتدة من طلاق رجعي لم يجز نكاح الامة فى عدتها بالاتفاق فهم يقولون المحرم نكاح الامة على الحرة كما قال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة والتزوج عليها انما يتحقق اذا كان ملكه باقياً عليها وذلك بعد الطلاق الرجعى أو قبل الطلاق فأما بعد الفرقة لم يبق بينه وبينها نكاح فلا يكون متزوجا عليها كما لو كانت الحرة تعتد منه من نكاح فاسد أو وطء بشبهة فتزوج أمة يجوز والدليل على صحة هذا لو قال لامرأته ان تزوجت عليك امرأة فهي طالق فتزوج امرأة بعد ما أبانها لم تطلق بخلاف ما لو تزوجها بعد الطلاق الرجعى أو قبله فثبت أنه غير متزوج عليها بعد ما أبانها وهذا بخلاف المنع من نكاح الاخت فى عدة الاخت لان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها فى عدتها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح وهذا المنع ليس لأجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحها ولكن المنع من تزوج الامة على الحرة لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المنع من نكاح الامة ثبت بنكاح الحرة وكل منع ثبت بسبب النكاح يبقى ببقاء العدة كالمنع من نكاح الاخت والاربع وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح وحق الشئ كنفس ذلك الشئ في ابقاء الحرمة ونكاح الامة انما لا يجوز بعد الحرة لانها محرمة فى هذه الحالة فتبقى تلك الحرمة ببقاء عدتها لانها محرمة مضمومة الى الحرة وفي هذا نوع ضم فى فراش النكاح فاما اذا كانت الحرة تعتد من نكاح فاسد فقد قيل ان ذلك قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز وبعد التسليم نقول هناك المنع لم يكن ثابتاً بالنكاح الفاسد حتى يقال يبقى ذلك ببقاء العدة وأما مسئلة اليمين قلنا فى الايمان المعتبر العرف وفي العرف لا يسمي متزوجا عليها بعد البينونة فلهذا لا تطلق فاما فى ألفاظ الشرع المعتبر المعنى ومعنى الحرمة باق ببقاء العدة وكذلك لو تزوج مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد فى عدة حرة لان الرق فى هؤلاء باق وحكمهن فى النكاح حكم الأمة القنة ﴿ قال ﴾ رجل تزوج خمس حرائر وأربع اماء فى عقدة واحدة

جاز نكاح الاماء دون الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد عن نكاح الاماء لم يصح هنا
فانهن خمس لا يمكن تصحيح نكاحهن وليس بعضهن بأولى من البعض فيلغو ضمهن الى
الاماء ويبقى المعتبر نكاح الاماء وهن أربع يجوز نكاحهن للحر عندنا فلهذا جاز نكاح الاماء
وكذلك ان تزوج حرة وأمة فى عقدة واحدة وللحرة زوج لان نكاح المنكوحة باطل
وهذا هو الاصل انه متى كان لايصح نكاح الحرة وحدها فضمها الى الامة وجوداً وعدما
سواء فاما اذا كان يصح نكاح الحرة وحدها يتحقق ضم الحرة الى الأمة فيبطل نكاح
الأمة ويجوز نكاح الحرة عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى لايجوز لان العقد
واحد فاذا بطل بعضه بطل كله كما لو جمع بين اختين ولكنا نقول نكاح الحرة أقوى من
نكاح الامة الا ترى انه يصح تقدم أو تأخر والضعيف لايدفع القوى ولكنه يندفع به
بخلاف الاختين فانهما مستويتان فيندفع نكاح كل واحدة منهما بالاخرى توضيحه ان
الامة من المحرمات مضمومة الى الحرة والحرة من المحللات فصار هو جامعاً بين محرمة
ومحللة فيجوز العقد فى المحللة دون المحرمة ﴿ قال ﴾ واذا زوج مدبرته أو أمته أو أم ولده
وبوأها مع الزوج بيتا ثم بدا له أن يردها الى خدمته كان له ذلك لان خدمتها حق المولى
وهو بالتبوئة يصير كالمعير لها من زوجها فكان له أن يستردها متى شاء وكذلك لو كان
شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلا لايمنعه من أن يستخدم أمته لان المستحق للزوج
بالنكاح ملك الحل لاغير فاشتراطه شيئاً آخر غير ملزم اياه لانه لا يمكن الزامه بطريق
الاستئجار فان المدة غير معلومة ولا بطريق الاعارة فان الاعارة لايتعلق بها اللزوم ﴿قال﴾
ولو تزوجها على أنها حرة ثم علم بعد ذلك أنها أمة قد أذن المولى لها فى النكاح فهى امرأته
ان شاء أمسك وان شاء طلق لان ظهور رقها نوع عيب وقد بينا أن العيب لايثبت الخيار
للزوج غير أن ماولد له من ولد فيما مضى وما كان فى بطنها فهو حر لاجل الغرور وعلى
الاب قيمة الولد يوم يختصمون لان الولد فى يده بصفة الامانة مالم يخاصم فانه لايكون أعلى
حالا من ولد المغصوبة وولد المغصوبة أمانة ما لم يطالب بالرد فكذلك ولد المغرور حتى اذا
مات قبل الخصومة فلا ضمان على الاب فيه ولكنه انما يصير مانعاً للولد بعد الطلب وذلك
عند الخصومة فلهذا تعتبر قيمته وقت الخصومة وهذا اذا تبين أنها أمة أومدبرة وكذلك
اذا تبين أنها أم ولد فى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى

لا يجب قيمة الولد هنا لان ولد أم الولد كامه لاقيمة له حتى لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فكذلك بالمنع بعد الطلب وجه ظاهر الرواية أن الولد انما يصير كأمه اذا ثبت فيه حق أمية الولد وذلك بعد ثبوت الرق فيه وهنا علق الولد حر الاصل فلم يثبت فيه حق أمية الولد ولو تبين أنها مكاتبة في ظاهر الرواية الجواب كذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى أنه لا يضمن قيمة الولد هنا لانه لو ضمن انما يضمن لها وهي انما تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها فى حرية ولدها يحصل بعض مقصودها فلا يجب الضمان ولانه لو رجع لرجع عليها بما ضمن لأن الغرور كان منها فلا يكون مفيداً شيئاً وجه ظاهر الرواية أن السبب الموجب لضمان قيمة ولد المغرور وقد تقرر هنا ورجوعه عليها يكون بعد العتق وهي تستوجب الضمان عليه للحال فكان مفيداً وانما يرجع على الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة بقيمة الولد بعد العتق لما بينا ان ضمان الغرور كضمان الكفاله وضمان الكفالة فى حق هؤلاء مؤخر الى مابعد العتق ﴿قال﴾ ولو مات الولد وترك مالا فماله لابيه بحكم الارث ولا ضمان على الاب فيه لما بينا أن المنع بعد الطلب لم يتحقق منه ولو قتل الولد يأخذ الاب ديته وكان عليه قيمته لانه سلم له بدل نفسه وحكم البدل كحكم المبدل فيتحقق به المنع بعد الطلب فلهذا كان عليه قيمته وكذلك لو ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتاً كان على الضارب خمسمائة درهم بدل الجنين الحر لانه علق حر الاصل وعلى الاب نصف عشر قيمته للمولى ان كان ذكراً أو عشر قيمتها ان كانت أنثى لان حق المستحق فى جنين الامة فلا يغرم له الاب الا بدل جنين الامة وان سلم له بدل جنين الحرة كما لو قتل بعد الانفصال ﴿قال﴾ ولو مات الأب وبقى الولد أخذ المولى قيمته من تركة الأب ولا يرجع بها بقية الورثة فى حصة الولد لان المنع قد تحقق وذلك موجب ضمان القيمة على الأب فيستوفى من تركته بعد موته وقضاء دين الأب لايكون على بعض الورثة دون البعض فلهذا لا يرجعون في حصته وان لم يترك الأب شيئاً لم يؤخذ الولد بشئ كما لا يؤخذ بسائر ديون الأب وكذلك الجواب ان كان مولى الجارية عماً للولد لان عتق الغلام هنا ليس باعتبار القرابة بل بالغرور فانه علق حر الاصل والعتق بالقرابة انما يكون بعد ثبوت الملك للعم فيه فلهذا كان العم فيه وغيره فى هذا سواء ﴿قال﴾ وان كانت تزوجت بغير اذن المولى أخذها المولى وعقرها والجواب فى قيمة الولد على مابينا وان كان الذى غره غير الأمة

من زوج امة حر تبنى بها حرة فهذا والمعدم سواء الا ان الاب يرجع بقيمة الولد على الزوج في الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة ولم يؤاخذ بضمان الكفالة في الحال وان كان الذي غره فيها عبدا أو مدبرا أو مكاتبا فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا سواء كان العبد مأذونا أولم يكن لان المأذون انما يؤخذ بضمان التجارة في الحال لا بضمان الكفالة فيتأخر الى عتقهم لا ن يكون المولى أمر العبد أو المدبر بذلك فحينئذ يؤاخذ به في الحال لان كفالة العبد باذن المولى توجب للغرماء حقه في الحال فاما المكاتب لا يؤاخذ به حتى يعتق سواء فعله باذن المولى أو بغير اذنه لان المولى ليس له حق التصرف في كسبه فلا يعتبر اذنه فيه وان كان الزوج المغرور عبدا أو مدبرا أو مكاتبا بأن تزوج أحد من هؤلاء باذن المولى امرأة على انها حرة فولدت له ثم ظهر انها امة فالولد رقيق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله تعالى نص على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الدعوى وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى الولد حر بقيمته على الأب اذا عتق ويرجع بذلك على الذي غره وجه قول محمد رحمه الله تعالى ان السبب الموجب للحرية الغرور واشتراط الحرية فيها عند النكاح وهذا يتحقق من الرقيق كما يتحقق من الحر وكما يحتاج الحر الى حرية الولد فالمملوك يحتاج الى ذلك بل حاجته أظهر لانه ربما يتطرق به الى حرية نفسه يوضحه أنه لا معتبر برق الزوج وحريته في رق الولد بل المعتبر فيه جانب الأم ألا ترى أن الحر اذا تزوج أمة وهو يعلم بحالها كان ولده رقيقا فاذا كان المعتبر رق الأم وقد سقط اعتبار رقها في حق الولد عند اشتراط الحرية اذا كان الزوج حرا فكذلك اذا كان الزوج عبدا لان ما شرط من الحرية يجعل كالمحقق في حرية الولد وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا هذا الولد خلق من ماء رقيقين فيكون رقيقا وهذا لأن الولد متفرع من الاصل فانما يتفرع بصفة الاصل واذا كان الاصلان رقيقين لا تثبت الحرية للولد من غير عتق وأما اذا كان الزوج حرا فقد ثبت حرية الولد هناك باتفاق الصحابة رضي الله عنهم بخلاف القياس وهذا ليس في معنى ذلك لان ماء الرجل هناك بصفة حرية فانه حر منه وانما يصير رقيقا باتصاله برحم الامة فأثير الغرور في المنع من ثبوت الرق في مائه بالاتصال برحم الامة وهنا ماء العبد رقيق كنفسه فالحاجة الى إثبات الحرية لمائه ومايصلح لابقاء ما كان على ما كان لا يصلح لايجاب مالم يكن يوضحه ان

الحاجة هناك الى الترجيح عند التعارض لان اعتبار جانب مائه يوجب حرية الولد واعتبار جانب مائها يوجب رق الولد فجعلنا الغرور دليلا مرجحا وهنا الحاجة الى اثبات الحرية دون الترجيح وما يصلح مرجحا لا يصلح موجبا توضيحه أن هناك تثبت حرية الولد بضمان قيمته على الاب في الحال فيندفع الضرر به عنه وهنا لو ثبتت حرية الولد انما تثبت بضمان قيمته بعد العتق فيتضرر به المستحق في الحال فاذا ثبت أن هذا ليس في معنى المنصوص وجب الرجوع فيه الى الاصل فكان الولد رقيقا بمنزلة أمه ثم على قول محمد رحمه الله تعالى ان كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق لان كل دين وجب على المملوك بسبب مأذون من جهة المولى يؤاخذ به في الحال وكل دين وجب عليه بسبب غير ماذون فيه فانما يؤاخذ به بعد العتق ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها وهو يعلم أنها أمة أو تزوجها وهو يحسب أنها حرة ولم يغره فيها أحد فأولاده أرقاء لان هذا ظن منه والظن لا يغني من الحق شيئاً ولان الموجب لحرية الولد الغرور ولم يتحقق الغرور هنا ولو كانت أمة بين رجلين زوجها أحدهما من رجل ودخل الزوج بها فللآخر أن يبطل النكاح لان المزوج لا يملك الا نصفها وملك نصف الامة ليس بسبب لولاية التزويج فلم ينفذ عقده عليها وقد تناول عقده نصيب الشريك فكان له أن يفسخ عقده دفعا للضرر عن نفسه وقد سقط الحد عن الزوج لشبهة النكاح فيجب المهر عليه الا أن في نصيب المزوج يجب الاقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها لانه راض بالمسمى ورضاه صحيح في نصيب نفسه فاما في نصيب الشريك يجب نصف مهر المثل بالغا ما بلغ لانه لم يرض بسقوط شئ من حقه وان كان ابطال النكاح قبل الدخول فلا مهر لواحد منهما سواء خلا بها الزوج أو لم يخل لان الخلوة انما تعتبر في النكاح الصحيح وهذا العقد لم يكن صحيحا فلا تعتبر الخلوة فيه ﴿قال﴾ واذا زوج أمة ابنه الصغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج أمة اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج أمته وكذلك المفاوض اذا زوج أمة من الشركة لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب أما المكاتب فهو منفك الحجر عنه في اكتساب المال وأما الاب والوصي فهما أمرا بالنظر للصغير وعقد اكتساب المال من النظر وأما المفاوض فان المتفاوضين انما عقدا المفاوضة لاكتساب المال ولا يملك هؤلاء تزويج العبد لانه ليس فيه

اكتساب المال بل فيه تعيب العبد وشغل ذمته بالمهر والنفقة من غير منفعة لهم في ذلك ﴿قال﴾ ولو زوج الاب أو الوصي أمة الصبي من عبده لايجوز ذلك أيضا نص عليه في المأذون وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز لانه لاضرر فيه على الصبي فان المهر لايجب بهذا العقد ونفقتهما عليه بعد النكاح كما كانا قبله وفيه منفعة للصبي من حيث النسل فيجوز ذلك من الاب والوصي كانزاء الفحل من مال الصبي على أمائه ووجه ظاهر الرواية أن في هذا تعيبا لها لان النكاح عيب في العبيد والاماء جميعا ومنفعة النسل موهومة والمنفعة الموهومة لاتكون جائزة للضرر المتحقق فلهذا لايصح هذا العقد منهما وأما العبد المأذون أو المضارب أو الشريك شركة عنان اذا زوج واحد منهما الامة لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز لانه عقد اكتساب المال وهؤلاء يملكون ذلك ولان المستوفي بالوطء في الحقيقة منفعة ولهذا سمى الله تعالى المهر أجرا وهؤلاء يملكون الاجارة فكذلك يملكون التزويج وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا المأذون انما كان منفك الحجر عنه في التجارة والتزويج ليس من جملة التجارة فان التجار لايعتادون اكتساب المال بتزويج الاماء والدليل عليه أن المرأة لو زوجت نفسها من رجل بعبد ونوت التجارة عند العقد لايصير العبد به للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لصار العبد به للتجارة فان نية التجارة متى اقترنت بعمل التجارة يصير للتجارة واذا لم يكن النكاح من التجارة فلايملكه هؤلاء كالكتابة وبه فارق الاربعة التى تقدمت فان أولئك يملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم غير مقصور على التجارة وهؤلاء الثلاثة لايملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم مقصور على التجارة ولا شك أن هؤلاء الثلاثة لايزوجون العبد لان تزويج العبد ليس من الاكتساب ولا من التجارة ﴿قال﴾ واذا تزوج الحر أمة ابنه جاز النكاح عندنا ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله تعالى وقيل هذا بناء على الاصل الذى تقدم أن عنده لايجوز للحر نكاح الامة الا عند عدم طول الحرة وعلى الابن أن يعف أباه فيستغنى به عن نكاح الامة ولكن هذا ليس بصحيح فانه لو تزوج أمة غيره صح النكاح اذا لم يكن في ملكه مايتزوج به الحرة والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة فوجه قوله ان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جارية ابنه مع علمه بحرمتها لايلزمه الحد فلا يجوز له أن يتزوجها كالمولى اذا تزوج أمة من كسب مكاتبه بل أولى لان حق الملك في مال ولده أظهر ألا ترى أن استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد

المولى أمة مكاتبه لايصح توضيحه أن الولد كسبه قال صلى الله عليه وسلم ان أطيب مايأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فجارية الابن كسب كسبه فلا يملك التزوج كأمة عبده ولكنانقول ليس له في جارية ولده ملك ولا حق ملك فيجوز له ان يتزوجها كأمة أبيه وأخيه وانما قلنا ذلك لانه يحل للابن ان يطأ جاريته بالاتفاق ولو كان لابيه فيها حق الملك لم يحل له وطئها كالمكاتب فانه لايحل له ان يطأ أمته لما كان للمولى فيها حق الملك فاما سقوط الحد فليس لقيام حق الملك له فى الجارية ولكن لظاهر الاضافة فى قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وهذا الظاهر وان كان لم يكن معمولا به في ايجاب ملك أو حق ملك له فيها يصير شبهة فى اسقاط الحد كالبيع بشرط الخيار لايوجب الملك ولا حق الملك للمشترى ثم يسقط الحد به وكذلك العقد الفاسد من نكاح أو بيع قبل القبض والولد وان كان كسبا له فهو كسب حر فلا يثبت له حق الملك فى كسبه بمنزلة مال المعتق لاحق للمعتق فيه وان كان المعتق كسبا له لانه كسب حر فاما صحة الاستيلاد ليس باعتبار حق الملك له فيها بل بولاية التملك عند الحاجة وتقرر حاجته الى صيانة مائه كيلا يضيع نسله فان تزوجها فولدت له ولداً كان الولد حراً لان الولد يتبع الأم في الملك فولى الجارية هنا ملك أخاه فيعتق عليه بالقرابة ولا تصير الجارية أم ولد له عندنا وعند زفر رحمه الله تعالي تصير أم ولد له وكذا اذا استولدها بنكاح فاسد أو وطء بشبهة عندنا لاتصير أم ولد له خلافا لزفر رحمه الله تعالى وحجته انه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له فاذا استولدها بنكاح أو بشبهة نكاح أولى ان تصير أم ولد له ولكنا نقول اذا استولدها بغير شبهة فهناك يصير متملكا لحاجته الى ذلك كيلا يضيع ماؤه فان أثبات النسب غير ممكن بدون التملك لانه ليس له فيها ملك ولاحق ملك فاذا تملكها سابقا على الاستيلاد كان الاستيلاد فى ملك نفسه فلهذا صارت أم ولد له وهنا غير محتاج الى تملكها لاثبات النسب بل النكاح أو شبهة النكاح يكفي لذلك فلم يصر متملكا لها فلهذا لاتصير أم ولد له ﴿ قال ﴾ ولو كان الابن هو الذى تزوج أمة ابيه بتزويج الاب اياها منه جاز النكاح فاذا ولدت فالولد حر لان الاب ملك الابن امته ولا تصير الجارية أم ولد له لانه لاملك له فيها وان كان الابن وطئها بغير نكاح أو شبهة نكاح لم يثبت نسبه منه وان ادعاه لانه ليس له حق التملك فى جارية أبيه ولكن لاحد عليه ان قال ظننت انها تحل لى وان قال علمت انها على حرام فعليه الحد لان

عند الظن اشتبه عليه ما يشتبه فيسقط الحد به وعند العلم بالحرمة لاشبهة له في الحل حقيقة ولا صورة ولم يشتبه عليه أمرها فلزمه الحد وان صدقه الاب في انه وطئها وان الولد منه عتق الولد باقراره لانه اذاملك ابنه من الزنا عتق عليه فكذلك اذاملك ابن ابنه من الزنا ولكن لايثبت النسب لما بينا بخلاف الأب اذا كان هو الذى استولد جارية ابنه فانه لاحاجة الى تصديق الولد لان الاب له ولاية تملك جارية الابن فانما يكون مستولداً لها فى ملك نفسه ولهذا ضمن قيمتها لابنه وليس للابن هذه الولاية في جارية أبيه فلهذا لايعتق الولد الا اذا صدقه الاب فيه ﴿قال﴾ ولايتزوج العبد أكثر من اثنتين وقال مالك رحمه الله تعالى له أن يتزوج أربعا لان الرق لايؤثر فى مالكية النكاح حتى لايخرج من أن يكون أهلا لملك النكاح ومالا يؤثر فيه الرق فالعبد والحر فيه سواء كملك الطلاق وملك الدم فى الاقرار بالقود ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله عنه قال لايتزوج العبد أكثر من اثنتين ولان الرق مؤثر في تنصيف ماكان متعدداً فى نفسه كالجلدات فى الحدود وعدد الطلاق واقراء العدة وهذا لان ملك النكاح مبنى على الحل الذى يصير به أهلا للنكاح وذلك الحل يتسع بزيادة الفضيلة ويتضيق بنقصان الحال ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان كان مخصوصا باباحة تسع نسوة لفضيلة النبوة التى اختص بها فكان الحل في حقه متسعا لتسع نسوة ولايجوز لاحد غيره أكثر من أربع نسوة فكذلك يتسع الحل لفضيلة الحرية فيتزوج الحر أربعاً ولا يتزوج العبد الا اثنتين يوضحه أن الرق ينصف الحل ألا ترى أن في جانب الامة يتنصف حلها بالرق حتى ان ماينبنى على الحل وهو القسم يكون حالها فيه على النصف من حال الحرة وكذلك مايجب على المستوفى لهذا الحل بغير طريقه وهو الحد يتنصف بالرق حتى يجب على العبد بالزنا خمسون جلدة وعلى الحرمائة جلدة واذا ثبت أن الحل يتنصف بالرق وعليه ينبنى عدد المنكوحات فقلنا حال العبد فيه على النصف من حال الحرة فيتزوج ثنتان الحرتان والامتان فى ذلك سواء والشافعي رحمه الله تعالى هنا لايخالفنا لان في حق العبد نكاح الامة أصل وليس ببدل اذ ليس فيه تعريض شئ للرق فانه رقيق بجميع أجزائه فلهذا جوز له نكاح الأمتين وعلى هذا الاصل يقول الشافعي رضى الله تعالى عنه للعبد أن يتزوج أمة على حرة ولكنا نقول لايجوز لان الامة ليست من المحللات مضمومة الى الحرة في حق الحر فكذلك في حق العبد والمدبر والمكاتب وابن أم الولد فى هذا كالعبد

لان الرق المنصف للحل فيهم قائم ﴿قال﴾ ولا يجوز للعبد أن يتزوج بغير اذن مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يجوز لان الرق لم يؤثر فى مالكية النكاح فيستبد العبد به كالطلاق وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بظاهر قوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شئ والنكاح شئ فلا يملكه العبد بنفسه ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله تعالى عنه قال ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والمعنى فيه ان في النكاح تعييبه وفيه شغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك مولاه فلا يملك شغل ذلك بتصرفه بغير اذن المولى يوضحه أنه لو باع رقبته أو رهنه بمال لم يجز وان كان منفعة ذلك ترجع الى المولى فاذا تزوج ولا منفعة فى عقده للمولى أولى أن لايجوز وكذلك المدبر وابن أم الولد والمكاتب لايتزوج أحد من هؤلاء بغير اذن المولى لان الرق الموجب للحجر فيهم فان اذن المولى لهم في ذلك جاز العقد فان المولى لو باشر تزويجهم جاز فكذلك اذا أذن لهم فيه الا أن فى المكاتب يحتاج الى رضاه اذا باشره المولى فان أذن له المولى فباشره المكاتب يجوز أيضاً وهذا بخلاف تزويج الامة فان المكاتب يزوج أمته بغير رضا المولى لان أمته غير مملوكة للمولى وتزويجها من عقود الاكتساب فيملكه المكاتب فاما تزويجه لنفسه ليس من عقود الاكتساب ورقبته مملوكة للمولى وعلى هذا لو أن المكاتبة زوجت أمتها جاز ذلك ولو تزوجت بنفسها لم يجز الا باذن المولى لقيام ملك المولى فى رقبتها ﴿قال﴾ ولو تزوج العبد بغير اذن مولاه فأجازه جاز لان الاجازة فى الانتهاء كاذنه في الابتداء فان طلقها العبد ثلاثا بعد اجازة المولى طلقت ثلاثا ولم يجز للعبد أن يتزوج حتى تنكح زوجا غيره لان النكاح لما صح كان العبد فى ايقاع الطلاق عليها كالحر ولو طلقها ثلاثا قبل اجازة المولى النكاح لم يقع النكاح ولكن يكون هذا متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح ونكاحه بغير اذن المولى لم يكن صحيحا فلا يقع الطلاق ولكن ايقاع الطلاق يؤثر في ازالة الحل عن المحل وايقاع الفرقة اذا كان صحيحا فاذا لم يكن النكاح نكاحا صحيحا فلا يؤثر في هذين الحكمين ولكن يؤثر فى رفع الشبهة حتى لو وطئها قبل الطلاق لايلزمه الحد ولو وطئها بعد الطلاق يلزمه الحد وان لم يجز المولى ذلك العقد ولكن أذن له أن يتزوجها ابتداء فلا بأس بأن يتزوجها لان حرمة المحل بوقوع التطليقات على المحل ولم يقع هنا فلا بأس بأن يتزوجها كالصبى والمجنون اذا طلق امرأته ثلاثا لايثبت به حرمة المحل ولان النكاح لما لم يصح كان

هذا طلاقاً قبل النكاح وقال عليه الصلاة والسلام لاطلاق قبل النكاح ولو أجاز المولى ذلك النكاح فاجازته باطلة لان الاجازة انما تعمل فى حال توقف العقد وقد ارتفع العقد بايقاعه العبد لانه يستبد بالطلاق لو أوقعه فى نكاح صحيح ارتفع النكاح فاذا أوقعه فى العقد الموقوف أولى أن يرتفع العقد به فان أذن له أن يتزوجها بعد هذا كرهت له أن يتزوجها ولو فعل لم يفرق بينهما فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكره ذلك وجه قوله ظاهر فان الطلاق غير واقع على المحل وحرمة المحل باعتبار وقوع الطلاق ولان اجازة المولى للعقد باطل فوجوده كعدمه ولولم يجز العقد كان له أن يتزوجها باذنه فكذلك بعد اجازته وجه قولهما ان الطلاق تصرف ينبني على النكاح واجازة العقود يتضمن اجازة ماينبنى عليه فاعتبار هذا المعنى يوجب نفوذ الطلاق وحرمة المحل فجعلناه معتبراً في الكراهة وان لم يكن معتبراً في حقيقة حرمة المحل ولكن هذا على أصل محمد رحمه الله تعالى غير صحيح فان عنده المشترى من الغاصب اذا أعتق ثم أجاز المولى لاينفذ عتقه وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى انما يصح هذا ان لوكان الطلاق يتوقف على اجازة المولى وقد بينا ان طلاق العبد لايتوقف على اجازة المولى لكن الوجه فيه أن نقول الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء والاذن فى الابتداء لوكان موجوداً تثبت به حرمة المحل حقيقة فكذلك بوجود صورة الاجازة فى الانتهاء تثبت الكراهة توضيحه أن العبد أهل للنكاح فى حق نفسه ولهذا لو أعتق قبل اجازة المولى نفذ نكاحه فاعتبار هذا الجانب يوجب نفوذ طلاقه واعتبار جانب حق المولى يمنع نفوذ طلاقه فلتعارض الادلة قلنالا تثبت الحرمة حقيقة ولكن تثبت صفة الكراهة احتياطاً لانه ان ترك نكاح امرأة تحل له كان خيراً له من أن يتزوج امرأة لاتحل له ﴿قال﴾ واذا تزوج العبد حرة بغير اذن مولاها ثم أعتقه المولى جاز النكاح لانه مخاطب له قول ملزم وانما امتنع نفوذ نكاحه لحق مولاه فاذا أسقط المولى حقه بالعتق فينفذ النكاح لزوال المانع وكذلك لوباعه فاجاز المشترى لان المشترى قام مقام البائع فى ملكه رقبته فكذلك في إجازة عقده وهذا لانه ماطرأ بالبيع حل نافذ على الحل الموقوف فان العبد لايحل للمشترى فلهذا كانت اجازته كاجازة البائع وعند زفر رحمه الله تعالى لاينفذ باجازة المشترى وقد بينا هذا وكذلك لو أجاز وارثه بعد موته ﴿قال﴾ ولو أذن لعبده فى النكاح لم يملك ان يتزوج الا امرأة واحدة عندنا وعند الشافعى رحمه الله

تعالى له أن يتزوج اثنتين وهذا بناء على الاصل الذى تقدم بيانه ان النكاح مملوك للمولى على عبده عندنا حتى يزوجه من غير رضاه فيكون العبد فيه نائباً عن مولاه فهو كالحر يأمر غيره ان يزوجه فلا يزوجه بمطلق الوكالة الا امرأة واحدة وعندهما النكاح غير مملوك للمولى على عبده ولكن العبد هو المالك له الا انه لا ينفذ منه بدون اذن المولى لان ضرره يتعدى الى حق المولى فاذا أذن المولى له فى ذلك فقد رضى بالتزام هذا الضرر وأسقط حق نفسه فكان للعبد أن يتزوج اثنتين ولو تزوج امرأتين فى عقدة لا يجوز نكاح واحدة منهما الا في قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول فانه يقول يجوز نكاح إحداهما والبيان فيه الى العبد بمنزلة من وكل وكيلا ان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين عنده يصح نكاح إحداهما والخيار الى الزوج وقد تقدم بيان هذه المسئلة فان قال المولى عنيت نكاح امرأتين جاز نكاحهما لانه لو أجاز نكاح امرأتين جاز فكذلك اذا قال نويت ذلك عند الاذن لان المنوى من محتملات لفظه وهو غير متهم فى هذا البيان ﴿قال﴾ واذا أذن له ان يتزوج واحدة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها أخذ بالمهر فى حالة الرق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يؤخذ به حتى يعتق وأصل المسئلة ان عندهما اذن المولى لعبده فى النكاح ينصرف الى العقد الصحيح دون الفاسد لان مقصوده تحصيل العفة به للعبد وذلك انما يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد واستدلا بما لو حلف أن لا يتزوج ينصرف يمينه الى العقد الصحيح دون الفاسد فعرفنا به ان الفاسد ليس بنكاح فلا يتناوله اذن المولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الفساد والصحة صفة العقد والاذن من المولى فى أصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن فى البيع والشراء للوكيل أو للعبد يتناول الفاسد والصحيح جميعاً وهذا لان بعض المقاصد يثبت بالعقد الفاسد نحو النسب والمهر والعدة عند الدخول وهذا لو حلف أنه ما تزوج في الماضى وقد كان تزوج فاسداً أو صحيحاً كان حانثا في يمينه وفى المستقبل انما حملناه على العقد الصحيح لدلالة العرف فان الايمان تبنى على العرف فأما هنا اعتبار اذن المولى لدفع الضرر عنه وذلك يعم العقد الصحيح والفاسد اذا عرفنا هذا فنقول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا دخل بها بالنكاح الفاسد فقد لزمه المهر بسبب كان مأذونا فيه من جهة المولى فيؤاخذ به فى الحال وعندهما اذن المولى لا يتناول العقد الفاسد فانما لزمه المهر بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فيتأخر الى ما بعد العتق

وعلى هذا لو تزوجها نكاحا صحيحا بعد هذا يجوز عندهما لان حكم اذن المولى ما انتهى بالعقد الفاسد فيكون مباشراً العقد الثانى باذنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح العقد الثانى لان حكم اذن المولى انتهى بالعقد الاول فيحتاج في العقد الثانى الى اذن جديد ﴿قال﴾ واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها ثم أجاز المولى ذلك النكاح فعليه مهر واحد وهو الذي سماه لها استحساناً لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وفى القياس عليه مهران مهر المثل بالدخول والمسمى بنفوذ العقد بالاجازة وقد بينا نظير هذا في جانب الأمة فهو كذلك فى العبد وعلى هذا لو أعتقه المولى حتى نفذ العقد بعد عتقه ﴿قال﴾ واذا تزوج المكاتب بغير اذن السيد أو العبد أو المدبر ودخل بها ثم فرق بينهما السيد فلا مهر عليه حتى يعتق لان النكاح فى حق المكاتب ليس من عقود التجارة ولا من اكتساب المال والمهر عند الدخول انما يجب بسبب ذلك العقد فاذا لم يكن عقد الكتابة متناً ولا لذلك العقد يتأخر المال الواجب بسببه الى مابعد العتق وهذا بخلاف جناية المكاتب فان موجبه في كسبه يثبت في الحال لان وجوب ذلك باعتبار الفعل والرق لا يؤثر فى الحجر عن الافعال وأما وجوب المهر هنا باعتبار العقد لان الدخول بدون العقد غير موجب للمهر ولانها راضية بهذا الدخول فلهذا يتأخر الواجب الى مابعد العتق بمنزلة المال الواجب عليه بسبب الكفالة ﴿قال﴾ واذا زوج الرجل عبده أمته بشهود فهو جائز ولا مهر لها عليه لان المهر لو وجب كان للمولى وانما يجب في مالية العبد وماليته مملوكة للمولى فلا فائدة فى وجوبه أصلا وقد بينا ان على طريق بعض أصحابنا يجب ابتداء لحق الشرع ثم يسقط لقيام ملك المولى فى رقبة الزوج فان كان العبد نصرانياً أذن له مولاه في التزوج فأقامت عليه امرأة نصرانية شاهدين من النصارى انه تزوجها وهو جاحد أجزت ذلك عليه لان الخصم هو العبد الا يرى انه لو أقر بهذا النكاح ثبت باقراره فكذلك يثبت بشهادة النصارى عليه لانه نصرانى الا ترى انهم لو شهدوا عليه ببيع أو شراء وهو مأذون له فى التجارة كانت الشهادة مقبولة فكذلك بالنكاح فان قيل النكاح مملوك للمولى على العبد فهذه الشهادة انما تقوم على المولى وهو مسلم قلنا أصل العقد مملوك للمولى عليه ولكن حكمه وهو ملك الحل يثبت للعبد والشهود انما يشهدون لها بذلك على العبد فلهذا اعتبرنا فيه دين العبد وقلنا لو كان المولى كافراً والعبد مسلماً لم تجز شهادتهما لانها تقوم على العبد وهو مسلم وشهادة الكافر ليس بحجة على المسلم ﴿قال﴾

ولا

ولا يحل للعبد ان يتسرى وان أذن له مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يحل لان ملك المتعة يثبت بطريقين اما عقد النكاح أو التسرى فاذا كان العبد أهلا لملك المتعة بأحد الطريقين وهو النكاح فكذلك بالطريق الآخر بل أولى لان ملك المتعة الذى يثبت بالنكاح أقوى مما يثبت بملك اليمين وحجتنا في ذلك قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم وهذه ليست بزوجة له ولا مملوكة له وعن ابن عمر رضى الله عنه قال لايحل فرج مملوكة الا لمن اذا أعتق أو وهب جاز والعبد لايجوز عتقه ولا هبته فلا يحل الفرج له بملك اليمين وهذا لان العبد مملوك مالا فلا يجوز ان يكون مالكا للمال لما بين المالكية والمملوكية من المنافاة وملك المتعة لايثبت الا بثبوت سببه فاذا كان سببه وهو ملك الرقبة لايثبت فى حق العبد فكذلك حكمه بخلاف النكاح ولان العبد ليس بأهل لملك المال قبل اذن المولى ولا تأثير للاذن في جعل من ليس بأهل أهلا وانما تأثير اذن المولى فى اسقاط حقه عند قيام أهلية العبد فكان ينبغى ان لايجعل العبد أهلا لملك المتعة أصلا لان بين المالكية والمملوكية منافاة ولكن الشرع جعل أهلا لملك المتعة بسبب النكاح لضرورة حاجته الى قضاء الشهوة وابقاء النسل وهذه الضرورة ترتفع بثبوت الحل له بالنكاح فلا حاجة هنا الى ان نجعله أهلا لملك المتعة بسبب ملك الرقبة وكذلك المدبر والمكاتب والمستسعي فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب ﴿ قال ﴾ ولو ان عبداً بين رجلين زوجه أحدهما بغير اذن الآخر لم يجز لما بينا ان ولاية النكاح انما تستفاد بملك رقبة العبد وكل واحد منهما غير مالك لما يسمى عبداً ﴿قال﴾ ولايحل للعبد ان يتزوج مولاته ولا لامرأة لها في رقبته شقص عندنا وعلى قول نفاة القياس رضى الله عنهم يجوز وكذلك الحر اذا تزوج أمته أو أمة له فيها شقص فهو على هذا الخلاف واستدلوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء وبقوله فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وانكحوا الأيامى منكم الآية فانما خاطب الله تعالى الموالى بانكاح الاماء لا بنكاحهن ولان العبد اذا تزوج بمولاته فهى تستوجب عليه النفقة بالنكاح وهو يستوجب عليها النفقة بملك اليمين فيتقاصان ويموتان جوعاً وفى هذا من الفساد مالا يخفى والحر اذا تزوج أمته فهذا العقد غير مفيد لان موجب النكاح ملك الحل ومحل الحل ثابت له تبعا لملك الرقبة ولان النكاح انما شرع فى الاصل لضرورة الحاجة اليه وعند ملكه رقبتها لاحاجة فلم يكن

مشروعا أصلا ثم قيام الملك فى شقص منها ينزل منزلة قيام الملك فى جميعها فى حرمة النكاح احتياطا وان كان لا ينزل منزلة ذلك فى حل الوطء وعلى هذا لو تزوج مكاتبته فالنكاح باطل لقيام الملك له فى رقبتها وان كان هو ممنوعا من وطئها بسبب الكتابة فان وطئها كان لها المهر بمنزلة ما لو وطئها قبل النكاح وهذا لان الحد يسقط للشبهة فيجب المهر وهى بعقد الكتابة صارت أحق بنفسها ومكاسبها والمستوفى بالوطء فى حكم جزء من عينها ولو قطع المولى يدها كان الارش لها فكذلك اذا وطئها ألا ترى أن الواطئ لو كان غير المولى كان المهر لها فان عتقت بعد هذا النكاح لم يجز ذلك النكاح لانه تعين فيه جهة البطلان لملكه رقبتها فلا ينقلب صحيحا وان زال ذلك الملك وكذلك ان تزوج المكاتب مولاته ودخل بها فعليه المهر لسقوط الحد بشبهة النكاح ولا يجوز النكاح وان عتق لما قلنا وان تزوج المكاتب أو العبد بنت مولاه باذنه جاز النكاح لانه لا ملك لها فى رقبته ولا حق ملك مادام الاب حيا فان مات المولى فسد نكاح العبد لانها ملكت رقبة زوجها ارثا وملكها رقبة الزوج لو اقترن بالنكاح منع صحة النكاح فاذا طرأ على النكاح يرفع النكاح أيضا لان المنافى يؤثر سواء كان طارئا أو مقارنا فأما نكاح المكاتب لا يفسد بموت المولى عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يفسد وهو بناء على أن رقبة المكاتب لا تورث عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى تورث وأصل المسئلة ان المشغول بحاجة المورث لا يملكه الوارث عندنا كالتركة المستغرقة بالدين والمكاتب أيضا مشغول بحاجته وعند الشافعي رحمه الله تعالى كل ما كان مملوكا للمورث فاذا لم يخرج بموته من أن يكون مملوكا للمورث يصير مملوكا لوارثه وحجته على سبيل الابتداء فى هذه المسئلة انها لو تزوجت به ابتداء بعد موت المولى لا يصح النكاح فكذا لا يبقى النكاح كما فى العبد وتقريره أن الوارث خلافة ورقبة المكاتب كانت مملوكة للمولى فيخلفه وارثه فيه بعد الموت ألا ترى أنه لو عجز كان مملوكا للوارث وعجزه ليس يوجب ملك الرقبة للوارث ابتداء فعرفنا أنه كان مالكا قبل ذلك وحجتنا فى ذلك أن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذلك لا يملك بالارث كالمدبر والدليل عليه انه لو أدى بدل الكتابة كان ولاؤه للمولى وانما يثبت الولاء لمن يعتق على ملكه فتبين بهذا أنه باق على ملك المولى لحاجته الى ذلك واستحقاقه ولاءه بعقد الكتابة ولهذا يملك بعد العجز لان المانع حق المولى وقد زال فيكون ذلك السبب عاملا فى ايجاب الملك بعد زوال المانع وأما اذا تزوجت

به ابتداء بعد موت المولى انما لايجوز لانه ثبت لها حق أن تملك رقبته عند زوال المانع وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولايمنع بقاءه ولهذا لو اشترى المكاتب امرأة مولاه لا يفسد النكاح ولو تزوج أمة مكاتبه لايجوز وكذلك لو اشترى المكاتب امرأة نفسه لايفسد النكاح ولو تزوجها ابتداء لم يصح وكذلك لو كفل رجل عن المكاتب بمال لابن مولاه فهو جائز فان مات أبوه كانت الكفالة على حالها ولو كفل له بمال مستقبل عنه بعد موت أبيه لم يجز ومن غير هذا الباب العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع البقاء فالقياس فى هذا كثير واذا ثبت بقاء النكاح قلنا ان أعتق المكاتب فهى امرأته لانه بالعتق ازداد بعداً عنها وان عجز ورد فى الرق بطل النكاح ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها لان بطلان النكاح بتقرر المنافى وذلك اذا وجد قبل الدخول أبطل النكاح من الأصل فلا يوجب شيئاً من المهر كالمحرمية وان كان قد دخل بها فلها المهر فى رقبته يبطل منه بقدر حصتها لانها ملكت بعض رقبته والمولى لايستوجب على مملوكه ديناً ﴿قال﴾ رجل تزوج أمة رجل ثم اشترى بعضها قبل ان يدخل بها أو ملكها بوجه من الوجوه فسد النكاح لتقرر المنافى وهو ملكه جزءً من رقبتها ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وان كان قد دخل بها فعليه المهر لمولاها وقد انتقض النكاح لملكه جزءً من رقبتها وان أتى العبد المرأة الحرة فاخبرها انه حر فتزوجها على ذلك ثم علمت انه عبد قد أذن له مولاه فى التزوج فهى بالخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لانه غرها ولانها مارضيت ان يستفرشها مملوك ولانه ليس بكفء لها وقد بينا انه اذا كتم نسبه ثم ظهر ان نسبه المكتوم دون ما أظهره يكون لها الخيار فاذا أظهر الحرية وتبين الرق لان يثبت لها الخيار كان أولى فان اختارت الفرقة لاتكون هذه الفرقة الا عند القاضى بمنزلة الرد بالعيب والفسخ بعدم الكفاءة لايثبت الا بقضاء القاضى ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها لانه فسخ لأصل النكاح بينهما ﴿قال﴾ عبد تزوج امرأة باذن مولاه ولم يخبرها انه حر أو عبد ثم علمت انه عبد فان كان أولياء المرأة زوجوها منه برضاها فلا خيار لهم ولا لها لان مباشرة الأولياء العقد يكون مسقطاً حقهم فى طلب الكفاءة والزوج ماشرط لها من نفسه شيئاً فات عليها ذلك انما ظنت انه حر وظنها لا يلزم الزوج شيئاً فلهذا لاخيار لها وان كانت فعلته بدون الاولياء فلهم ان يفرقوا بينهما لانه غير كفء والمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء فللأولياء

حق الاعتراض دفعاً للعار عن أنفسهم والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرضاع

﴿ قال ﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وذكر عروة عن عائشة رضي الله عنها هذا الحديث قال يحرم بالرضاع مايحرم بالولادة وفيه دليل على ان الرضاع من أسباب التحريم وانه بمنزلة النسب فى ثبوت الحرمة لان ثبوت الحرمة بالنسب لحقيقة البعضية أو شبهة البعضية وفى الرضاع شبهة البعضية بما يحصل باللبن الذى هو جزء الآدمية فى انبات اللحم وانشاز العظم واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرضاع ما أنبت اللحم وانشز العظم وفيه دليل على أن الحرمة بالرضاع كما تثبت من جانب الأمهات تثبت من جانب الآباء وهو الزوج الذى نزل لبنها بوطئه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم شبهه بالنسب فى التحريم والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع بخلاف مايقوله بعض العلماء رحمهم الله تعالى ان لبن الفحل لا يحرم وهو أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى احتجوا بأن الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء فقال وامهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فلو كانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبينها الله تعالى كما بين الحرمة بالنسب ولان الحرمة في حق الرجل لاتثبت بحقيقة فعل الارضاع فانه لو نزل اللبن في ثندؤة الرجل فأرضع به صبيا لاتثبت الحرمة فلان لاتثبت فى جانبه بارضاع زوجته أولى وحجتنا ذلك حديث عمرة عن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى فسمعت صوت رجل يستأذن على حفصة رضى الله عنها فقلت هذا رجل يستأذن فى بيتك يارسول الله فقال صلوات الله عليه ماأراه الا فلانا عماً لحفصة من الرضاع فقلت لو كان فلان عمى من الرضاع حيا أكان يدخل على فقال نعم الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة وفى حديث آخر عن عائشة رضى الله عنها قالت يارسول الله ان أفلح بن أبى قعيس يدخل على وأنا في ثياب فضل فقال صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة فقلت انما أرضعتني المرأة لا الرجل فقال صلوات الله عليه ليلج عليك فانه عمك والعم من الرضاعة لايكون الا باعتبار لبن الفحل والمعنى فيه ان سبب هذا اللبن فعل الواطئ فالحرمة التى تبنى عليه تثبت من الجانبين كالولادة فاما قالوا ان الله تعالى بين حرمة

الرضاع فى جانب النساء انما من الاحكام ماثبت بالقرآن ومنها ماثبت بالسنة فحرمة الرضاع فى جانب الرجل مما ثبت بالسنة والمعنى الذى لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لايوجد فى ارضاع الرجل فان ما نزل فى ثندؤته لايغذى الصبى فلا يحصل به انبات اللحم فهذا نظير وطء الميتة فى أنه لايوجب الحرمة ﴿قال﴾ ولا ينبغى للرجل أن يتزوج امرأة ابنه من الرضاعة ولا امرأة أبيه من الرضاعة وكذلك أجداده ونوافله وهو نظير الحرمة الثابتة بالنسب وعلى هذا الاخوات من الرضاعة اما اذا أرضعت امرأة واحدة ثنتان فهما اختان فان كان زوجها واحداً فهما اختان لاب وأم من الرضاعة وان كان زوجها مختلفاً عند الارضاعين فهما أختان لام وان كان تحت الرجل امرأتان لكل واحدة لبن منه فأرضعت كل واحدة منهما صبية فهما أختان لاب من الرضاعة لان لبنهما من رجل واحد وعموم قوله تعالى وأخواتكم من الرضاعة يتناول ذلك كله وكذلك بنات الاخ من الرضاع كبنات لأخ من النسب ألا ترى أنه لما عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت أبى سلمة رضى الله تعالى عنها قال لولم تكن ربيبتى فى حجرى ما كانت تحل لى أرضعتني وأباها ثويبة فقال على رضى الله تعالى عنه يارسول الله مالك نرغب فى قريش وترغب عنا فقال هل فيكم شئ قال نعم ابنة حمزة رضى الله تعالى عنه فقال صلى الله عليه وسلم انها ابنة أخى من الرضاعة ﴿قال﴾ واذا كان للمرأة لبن وطلقها زوجها وتزوجت آخر فحبلت من الآخر ونزل لها اللبن فاللبن من الاول حتى تلد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فاذا ولدت فاللبن بعد ذلك يكون من الثانى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا عرف أن هذا اللبن من الحبل الثانى فهو من الآخر وقد انقطع اللبن الاول وعنه فى رواية اذا حبلت من الثانى انقطع حكم لبن الاول وقال محمد رحمه الله تعالى أستحسن أن يكون منهما جميعاً حتى تضع من الآخر وجه قوله ان ما كان بها من اللبن فهو من الاول وما ازداد بسبب الحبل فهو من الثانى وباب الحرمة مبنى على الاحتياط فتثبت الحرمة منهما جميعاً كما اذا حلب لبن امرأتين فى قارورة وأوجر صبياً فاذا وضعت من الثانى فقد انتسخ سبب لبن الاول باعتراض مثله عليه فلهذا كان اللبن من الثانى بعده وأبو يوسف يقول اللبن ينزل تارة بعد الولادة وتارة بعد الحبل قبل الولادة فاذا عرف نزول اللبن من الثانى انتسخ به حكم اللبن من الاول كما ينتسخ بالولادة من الثانى وعلى الرواية الأخرى يقول لما كان الحبل سببا لنزول اللبن وحقيقة نزول اللبن من الثانى باطل فيقام السبب

الظاهر مقام المعنى الباطن تيسيراً فينتسخ به حكم لبن الأول وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كون اللبن من الاول ثابت بيقين واللبن يزداد تارة وينقص أخرى باعتبار الغذاء فهذه الزيادة تحتمل أن تكون من قوة الغذاء لامن الحبل الثاني فلا ينتسخ به حكم اللبن من الاول حتى يعترض مثل ذلك السبب من الثاني وذلك يكون بالولادة ﴿قال﴾ ولا يجتمع حكم الرضاع لرجلين على امرأة واحدة في حالة واحدة لان سببهما لايجتمع حلالا شرعا فكذلك مايبنى على ذلك السبب ولكن مابقي الاول لايثبت الثاني واذا ثبت الثاني انتفى الاول ﴿قال﴾ ولا يجوز له أن يتزوج امرأة أرضعته رضاعا قليلا أو كثيراً عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لاتثبت الحرمة الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها ومن أصحاب الظواهر من اعتبر ثلاث رضعات لايجاب الحرمة واستدل من شرط العدد بقوله صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان . وفي حديث عمرة عن عائشة رضي الله تعالى عنهما قالت كان فيما أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعد ذلك وحجتنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم أثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخبر الواحد . وفي حديث علي رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرضاع قليله وكثيره سواء يعني في ايجاب الحرمة ولأن هذا سبب من أسباب التحريم فلايشترط فيه العدد كالوطء أما حديث عائشة رضي الله تعالى عنها فضعيف جداً لانه اذا كان متلواً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخ التلاوة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجوز فلماذا لا يتلى الآن وذكر في الحديث فدخل داجن البيت فأكله وهذا يقوي قول الروافض الذين يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يثبته الصحابة رضي الله تعالى عنهم في المصحف وهو قول باطل بالاجماع ولو ثبت أن هذا كان في وقت من الاوقات فانما كان في الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا وعليه يحمل الحديث الثاني فان انبات اللحم وانشاز العظم في حق الكبير لايحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم ارضاع الكبير على مانبينه ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ والسعوط والوجور يثبت الحرمة لانه مما يتغذى به الصبي فان السعوط يصل الى الدماغ فيتقوى به والوجور يصل الى الجوف

فيحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فاما الاقطار فى الأذن لا يوجب الحرمة لان الظاهر انه لايصل الى الدماغ لضيق ذلك الثقب وكذلك الاقطار في الاحليل فان أكثر مافيه انه يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي عادة وكذلك الحقنة فى ظاهر الرواية الا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا احتقن صبي بلبن امرأة تثبت به الحرمة لان ذلك يصل الى الجوف الا ترى انه يفسد به الصوم ولكنا نقول ليس الموجب للحرمة عين الوصول الى الجوف بل حصول معنى الغذاء ليثبت به شبهة البعضية وذلك انما يحصل من الأعالى لامن الأسافل ثم بين من يحرم بسبب الرضاعة والحاصل فيه مابينا انه بمنزلة النسب فكما ان الحرمة الثابتة بالنسب في حق الأمهات والبنات تتعدي الى الجدات والنوافل والعمات والخالات فكذلك بسبب الرضاع ﴿قال﴾ ولا رضاع بعد الفصال بلغنا ذلك عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وهكذا رواه جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لارضاع بعد الفصال ولا يتم بعد الحلم ولا صمت يوم الى الليل ولا وصال فى صيام ولا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك ولا وفاء في نذر في معصية ولا يمين فى قطيعة رحم ولا تعرب بعد الهجرة ولا هجرة بعد الفتح والكلام هنا فى فصول أحدها ان الحرمة لاتثبت بارضاع الكبير عندنا وعلى قول بعض الناس تثبت الحرمة لحديث سهلة امرأة أبى حذيفة رضى الله عنهما فانها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ماانتسخ حكم التبنى بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم فقالت يارسول الله ان أبا حذيفة تبنى سالما فكنا نعده ولداً له وان لنا بيتاً واحداً فماذا ترى فى شأنه وفي رواية وانه يدخل علىّ وأنا أرى الكراهة فى وجه أبى حذيفة رضي الله عنه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعى سالما خمساتحرمين بها عليه وبهذا الحديث أخذت عائشة رضى الله عنها حتى كان اذا أراد ان يدخل عليها أحدمن الرجال أمرت اختها أم كلثوم رضى الله عنها أوبعض بنات أختهاان ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا أن غيرها من نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم كن يأبين ذلك ويقلن لانرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ثم هذا الحكم انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ماأنبت اللحم وانشز العظم وذلك فى الكبير لايحصل وقال صلى الله عليه وسلم الرضاعة من المجاعة يعنى مايرد الجوع وذلك بارضاع الكبير لايحصل وفى حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال الرضاع مافتق الامعاء وكان قبل الطعام والصحابة رضى الله

عنهم اتفقوا على هذا فقد ذكر في الكتاب عن علي وابن مسعود رضي الله عنهم قالا لارضاع بعد الفصال وروي ان اعرابياً ولدت امرأته ومات الولد فانتفخ ثديها من اللبن فجعل يمصه ويمج فدخل بعض اللبن في حلقه فجاء الى أبي موسى الاشعري رضي الله عنه وسأله عن ذلك فقال حرمت عليك فجاء الى ابن مسعود رضي الله عنه وسأله عن ذلك فقال هي حلال لك فاخبره بفتوى أبي موسى فقام معه الى أبي موسى ثم أخذ بأذنه وهو يقول أرضيع فيكم هذا اللحياني فقال أبو موسى رضي الله عنه لا تسألوني عن شيء مادام هذا الحبر بين أظهركم وجاء رجل الى عمر رضي الله عنه فقال ان لي جارية فارضعتها امرأتي فدخلت البيت فقالت خذها دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه عزمت عليك ان تأتي امرأتك فتضربها ثم تأتي جاريتك فتطأها وروى نحو هذا عن ابن عمر رضي الله عنهما فثبت بهذه الآثار انتساخ حكم إرضاع الكبير ثم اختلف العلماء في المدة التي تثبت فيها حرمة الرضاع فقدر أبو حنيفة رحمه الله تعالى بثلاثين شهراً وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قدرا ذلك بحولين وزفر قدر ذلك بثلاث سنين فاذا وجد الارضاع في هذه المدة تثبت الحرمة والا فلا واستدلا بظاهر قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ولا زيادة بعد التمام والكمال وقال الله تعالى وفصاله في عامين ولا رضاع بعد الفصال ولان الظاهر أن الصبي في مدة الحولين يكتفي باللبن وبعد الحولين لا يكتفي به فكان هو بعد الحولين بمنزلة الكبير في حكم الرضاع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وظاهر هذه الاضافة يقتضي أن يكون جميع المذكور مدة لكل واحد منهما الا أن الدليل قد قام على أن مدة الحبل لا تكون أكثر من سنتين فبقي مدة الفصال على ظاهره وقال الله تعالى فان أراد افصالا عن تراض منهما وتشاور الآية فاعتبر التراضي والتشاور في الفصلين بعد الحولين فذلك دليل على جواز الارضاع بعد الحولين وقال الله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم قيل بعد الحولين اذا أبت الامهات ولأن اللبن كما يغذي الصبي قبل الحولين يغذيه بعده والفطام لا يحصل في ساعة واحدة لكن يفطم درجة فدرجة حتى ينسي اللبن ويتعود الطعام فلا بد من زيادة على الحولين بمدة واذا وجبت الزيادة قدرنا تلك الزيادة بأدنى مدة الحبل وذلك ستة أشهر اعتبارا للانتهاء بالابتداء وبهذا يحتج زفر رحمه الله تعالى

ايضاً

أيضا الا أنه يقول لما وجب اعتبار بعض الحول وجب اعتبار كله وتقدر مدة الفطام بحول لانه حسن للاختبار والتحول به من حال الى حال ﴿قال﴾ فان فطم الصبي قبل الحولين ثم أرضع في مدة ثلاثين شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو في مدة الحولين عندهما فالظاهر من مذهبهما وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه تثبت به الحرمة لوجود الارضاع في المدة فصار الفطام كان لم يكن وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال هذا اذا لم يتعود الصبي الطعام حتى لا يكتفي به بعد هذا الفطام فاما اذا صار بحيث يكتفي بالطعام لا تثبت الحرمة برضاعه بعد ذلك لانه بعد ما صار بحيث يكتفي بالطعام فاللبن بعده لا يغذيه ولا يحصل به معنى البعضية بيانه في حديث أبي هريرة رضى الله عنه قال وكان قبل الطعام أي قبل ان يكتفي بالطعام ﴿قال﴾ ولا بأس بان يتزوج الرجل أم ابنه التى أرضعته لانه لا بأس بذلك من النسب فكذلك من الرضاعة وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنها وهذا من النسب لا يحل ان يتزوج أخت ابنه لا لأجل النسب ولكن لانها ربيبته لانه وطئ أمها وهذا لا يوجد في الرضاع فلهذا جاز له ان يتزوجها وكذلك يتزوج أخت أخته من الرضاع ومثله من النسب يحل لانه اذا تزوج أخت أخته من النسب يحل ذلك بان كان له أخ لاب وأخت لام فلاخيه لابيه ان يتزوج أخته لامه لانه لا نسب بينهما موجب للحرمة فكذلك في الرضاع وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنة عمه من الرضاعة أو ابنة عمته أو ابنة خاله أو ابنة خالته كما لا بأس به من النسب وكذلك لا بأس بأن يتزوج التى أرضعت أخاه أو ما بدا له من ولدها لانه لا رضاع بينه وبينهم ﴿قال﴾ ولا يجمع الرجل بين أختين من الرضاعة ولا بين المرأة وابنة أختها أو ابنة أخيها وكذلك كل امرأة ذات رحم محرم منها من الرضاعة للاصل الذي بينا في النسب ان كل امرأتين لو كانت احداهما ذكراً والاخرى أنثى لم يجز للذكر ان يتزوج الانثى فانه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع بين الاختين فكذلك من الرضاعة وتبين بهذا ان حرمة هذا الجمع ليس لقطيعة الرحم فانه ليس بين الرضيعتين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج آخر وأرضعت بلبن الاول ولداً وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الاول دون الثاني لان المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ونزول هذا اللبن كان من الاول ﴿قال﴾ ولا يجوز شهادة امرأة واحدة على الرضاع أجنبية كانت أو أم أحد الزوجين ولا

يفرق بينهما بقولها ويسعه المقام معها حتى يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان عدول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة بناء على مذهبه ان فيما لا يطلع عليه الرجال يعتبر فيه أربع نسوة لتقوم كل امرأتين مقام رجل وزعم أن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال لانه يكون بالثدي ولا تحل مطالعته للاجانب ولكنا نقول الرضاع مما يطلع عليه الرجال لان ذا الرحم المحرم ينظر الى الثدي وهو مقبول الشهادة في ذلك ولان الحرمة كما تحصل بالارضاع من الثدي تحصل بالايجار من القارورة وذلك يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادة النساء وحدهن وكان مالك رحمه الله تعالى يقول تثبت حرمة الرضاع بشهادة امرأة واحدة اذا كانت عدلا وهكذا روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه واستدل بحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى أنه تزوج ابنة أبي هانئ فجاءت امرأة سوداء وأخبرت أنها أرضعتهما فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض عنه ثم ذكر ثانياً فأعرض عنه ثم ثالثاً فقال فارقها اذن فقال انها سوداء يارسول الله قال كيف وقد قيل وحجتنا فى ذلك حديث عمر رضى الله تعالى عنه قال لا يقبل فى الرضاع الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولان سبب نزول هذه الحرمة مما يطلع عليه الرجال فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كالحرمة بالطلاق وحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى دليلنا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرض عنه فى المرة الاولى والثانية ولو كانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك ثم لما رأى منه طمأنينة القلب الى قولها حيث كرر السؤال أمره أن يفارقها احتياطا والدليل عليه أن تلك الشهادة كانت عن ضغن فانه قال جاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع وبالاجماع بمثل هذه الشهادة لاتثبت الحرمة فعرفنا أن ذلك كان احتياطاً على وجه التنزه واليه أشار صلى الله عليه وسلم فى قوله كيف وقد قيل وعندنا اذا وقع فى قلبه أنها صادقة فالاحوط أن يتنزه عنها ويأخذ بالثقة سواء أخبرت بذلك قبل عقد النكاح أو بعد عقد النكاح وسواء شهد به رجل أو امرأة فأما القاضى لا يفرق بينهما مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان لان خبر الواحد اذا كان كان ثقة حجة فى أمور الدين وليس بحجة فى الحكم والقاضى لا يفرق بينهما الا بالحجة الحكمية فاما اذا قامت عنده حجة دينية يفتى له بأن يأخذ بالاحتياط لانه إن ترك نكاح امرأة تحل له خير من أن يتزوج امرأة لاتحل له ﴿قال﴾ واذا نزل للمرأة لبن وهي بكر لم تتزوج فارضعت

شخصاً صغيراً فهو رضاع لان المعنى الذى يثبت به حرمة الرضاع حصول شبهة الجزئية بينهما والذى نزل لها من اللبن جزء منها سواء كانت ذات زوج أولم تكن ولبنها يغذى الرضيع فتثبت به شبهة الجزئية ﴿ قال ﴾ واذا حلب اللبن من ثدى المرأة ثم ماتت فشربه صبي تثبت به الحرمة لحصول المعنى الموجب للحرمة بهذا اللبن ولا معتبر بفعلها فى الارضاع ألا ترى انها لوكانت نائمة فارتضع من ثديها الصبي تثبت الحرمة وكذلك الايجار لو حصل في حياتها تثبت الحرمة فكذلك بعد موتها ﴿ قال ﴾ وكذلك لو حلب اللبن من ثديها بعد موتها فأوجر الصبي تثبت به الحرمة عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لاتثبت وهو بناء على أصلين أحدهما أن اللبن لايموت عندنا لانه لاحياة فيه ألا ترى أنه يحلب في حالة الحياة من الحيوان فيكون طاهراً وما فيه الحياة اذابان من الحى يكون ميتاً فاذا لم يكن في اللبن حياة لاينجس بالموت بل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يبقى طاهراً وعدهما يتنجس بنجاسة الوعاء كما فى أنفحة الميتة فكانه حلب لبن امرأة فى قارورة نجسة فاوجر الصبي به فيثبت به الحرمة وعند الشافعى رحمه الله تعالى اللبن يموت فيكون نجس العين وثبوت حرمة الرضاع باعتبار معنى الكرامة فلا تثبت بما هو نجس العين والاصل الثانى أن عنده الفعل الذى هو حرام بعينه وهو الزنا لايوجب حرمة المصاهرة لان ثبوتها بطريق الكرامة وكذلك ايجار لبن الميتة حرام فلا تثبت به الحرمة ثم قاس لبن الميتة بوطء الميتة ولكن عندنا وان كان الفعل حراما تثبت به الحرمة اذا تحقق فيه المعنى الموجب للحرمة ولهذا أثبتنا الحرمة بالزنا لان معنى البعضية لاينعدم به حقيقة فكذا هنا ثبوت الحرمة باعتبار ان اللبن يغذى الصبي فيتقوى به ولوسلمنا له حرمة اللبن بالموت فبالحرمة لايخرج من أن يكون مغذيا ألا ترى ان لحم الميتة مغذ فكذلك لبنها وبه فارق وطء الميتة لان معنى البعضية ينعدم منه أصلا وهو معنى ماقال فى الكتاب الجماع بعد الموت ليس بجماع وايجار لبن الميتة رضاع وشبه اللبن بالبيضة فان بالموت لا تخرج البيضة أن تكون مغذية فكذا اللبن ﴿ قال ﴾ ولو أرضع الصبيان من بهيمة لم يكن ذلك رضاعاً وكان بمنزلة طعام أكلاه من اناء واحد ومحمد بن اسماعيل صاحب الاخبار رحمه الله تعالى يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى فى زمن الشيخ الامام أبي حفص رحمه الله تعالى وجعل يفتي فقال له الشيخ رحمه الله تعالى لاتفعل فلست هنالك فابي ان يقبل نصحه حتى استفتي عن هذه المسألة اذا أرضع صبيان بلبن شاة

فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخاري بسبب هذه الفتوى وهذا لان ثبوت الحرمة بسبب الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون لبن الانعام وشبهة الجزئية لا يثبت بين الآدمي والانعام بشرب لبنها فكذلك لا تثبت بين الآدميين بشرب لبن بهيمة وهذا قياس حرمة المصاهرة التي تثبت بالوطء ولا تثبت بوطء البهائم فكذلك هنا ﴿قال﴾ ولو صنع لبن امرأة في طعام فأكله الصبي فان كانت النار قد مست اللبن وأنضجت الطعام حتى تغير فليس ذلك برضاع ولا يحرم لان النار غيرته فانعدم بها معنى التغذي باللبن وانبات اللحم وانشاز العظم وان كانت النار لم تمسه فان كان الطعام هو الغالب لا تثبت به الحرمة أيضاً لان المغلوب في حكم المستهلك ولأن هذا أكل والموجب للحرمة شرب اللبن دون الاكل وان كان اللبن هو الغالب فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تثبت به الحرمة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تثبت به الحرمة لان الحكم للغالب والغالب هو اللبن ولم يغيره شيء عن حاله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القاء الطعام في اللبن يغيره ألا ترى أنه يرق به وربما يتغير بلونه فكان بمنزلة ما لو غيرته النار وقيل هذا اذا كان لا يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة وأما اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح أنه لا تثبت على كل حال عنده لان التغذي كان بالطعام دون اللبن ﴿قال﴾ واذا جعل لبن امرأة في دواء فأوجر منه صبياً أو استعط منه واللبن غالب فهذا رضاع لانه انما يجعل في الدواء ليصل بقوة الدواء الى ما لا يصل اليه وحده فكان هذا أبلغ في حصول معنى التغذي به فلهذا تثبت به الحرمة ﴿قال﴾ وان جعل اللبن في ماء فشربه الصبي فان كان اللبن هو الغالب تثبت به الحرمة وان كان الماء غالباً لا تثبت به الحرمة وكذلك ان خلط لبن الآدمية بلبن الانعام وعند الشافعي رحمه الله تعالى قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة فأما اذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى ثم أوجر منه صبيا فعلى قول محمد رحمه الله تعالى تثبت الحرمة منهما جميعاً لان الشيء يكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تثبت به الحرمة بينه وبين من يكون لبنها غالبا لان المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان في احداهما اعتبر الاغلب كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفي الأخرى قال

تثبت الحرمة منهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى وأصل المسئلة فيما اذا حلف لايشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه فهو على هذا الخلاف ﴿قال﴾ الرضاع بمنزلة النسب والوطء فى اثبات حرمة المصاهرة لافرق بين أن يوجد فى دار الحرب أو فى دار الاسلام ﴿قال﴾ واذا جامع الرجل المرأة أولمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة لم تحل لابنه ولا لابيه من الرضاعة ولا تحل له أمها ولا ابنتها من الرضاعة كما لا تحل لابنه وأبيه نسباً فان هذه الحرمة تعلقت بأسام تثبت تلك الاسامى بالرضاعة وهى الأبوة والامومة وكذلك لايتزوج على المعتدة منه أختها من الرضاعة ولا ذات رحم محرم منها لان حرمة الجمع متعلقة باسم الاختية وذلك يتحقق بالرضاع كما يتحقق بالنسب والعدة تعمل عمل صلب النكاح فى المنع من النكاح ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل الصبية فارضعتها أمه من الرضاعة أوأمه التى ولدته أو أخته من نسب أو رضاع أو امرأة ابنه بلبن ابنه من نسب أو رضاع حرمت عليه لان المحرمية تمنع النكاح بعلة المنافاة فان بين الحل والحرمة فى المحل منافاة والمنافي كما يؤثر اذا اقترن بالنسب ينافى البقاء اذا طرأ عليه فاذا حرمت عليه لزمه بذلك نصف المهر لها لان الفرقة قبل الدخول حصلت لابمعنى من جهتها أو حصلت بمعنى من جهة الزوج وهى المحرمية فيجب نصف الصداق لها ويرجع بذلك على التى أرضعتها ان كانت أرادت الفساد أو عمدت ذلك وان كانت أخطأت أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لم يرجع به عليها والقول فيه قولها ان لم يظهر منها تعمد الفساد لانه شئ في باطنها لايقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه وانما يختلف الجواب فى نيتها اذا أرادت الفساد أولم ترد لانها مسببة لهذه الفرقة لا مباشرة فانها مباشرة للارضاع وهوليس بسبب موضوع للفرقة والمسبب اذا كان متعديا فى تسببه يكون ضامنا وان لم يكن متعديا لايضمن كحافر البئر فى ملك نفسه لايضمن مايسقط فيه بخلاف الحافر فى ملك الغير فاذا أرادت الفساد كانت متعدية فى السبب واذا لم ترد الفساد لم يكن متعدية في السبب وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى انه يرجع عليها بنصف الصداق على كل حال فان من أصله ان المتسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك فى التسبب على قوله وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة لانها أتلفت ملك نكاحه فيها وملك

النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدى الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل وهذا لان ملك البضع يتقوم عند دخوله في ملك الزوج بمهر المثل فكذلك عند خروجه عن ملكه ولكنا نقول ان ملك النكاح ليس بمتقوم فى نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة انما هو ملك ضروري لايظهر الا في حق الاستيفاء . ألا ترى أنه لايظهر في حق النقل الى الغير والانتقال الى الورثة فكذلك فى حق التقوم بالمال ولانه ليس بمال فى نفسه فلا يكون مضمونا بالمال لان ضمان الاتلاف مقدر بالمثل بالنص وتقوم البضع عند دخوله في ملك الزوج للضرورة لانه تملك للبضع وهو محترم فلا يثبت الا بعوض وهذه الضرورة لاتوجد عند الخروج من ملكه لانه ابطال للملك لاتمليك منها وابطال الملك لايستدعى التقوم والدليل على الفرق أن الاب يزوج ابنه الصغير بمال الصغير وليس له أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها فاذا ثبت أنه غير متقوم عند خروجه من ملكه لم يجب الضمان عليها باتلاف البضع ولكنها قررت عليه ما كان على شرف السقوط فان الصداق وان وجب بالعقد فهو بعرض السقوط مالم يدخل بها اذا جاءت الفرقة من قبلها فهى قررت النصف عليه بإتلافه وهى متسببة فى ذلك متعدية اذا تعمدت الفساد فلهذا رجع عليها بذلك ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل الصبية ثم تزوج عمتها فنكاح العمة باطل للنهى فان أرضعت أم العمة الصبية لم يفرق بينه وبينها لأن الصبية وان صارت أختا للعمة بالرضاعة ولكن لم يصح نكاح العمة فلم يتحقق الجمع الحرام فلهذا بقى نكاح الصبية ﴿قال﴾ واذا تزوج صبيتين رضيعتين فارضعتهما امرأة معا أو احداهما بعد الاخرى بانتا جميعاً لانهما صارتا أختين حين أرضعت الثانية منهما فتقرر الجمع الثاني وليست احداهما ببطلان نكاحها بأولى من الاخرى فاذا بانتا فلكل واحدة منهما نصف الصداق يرجع بذلك على المرضعة ان تعمدت الفساد لما قلنا ولو كن ثلاثا فارضعتهن معا بأن حلبت لبنها فى قارورة والقمت احدى ثدييها احداهن والاخرى للاخرى واوجرت الثالثة معابن جميعا منه لانهن صرن أخوات معاً وان أرضعتهن واحدة بعد الاخرى بانت الاوليان والثالثة امرأته لانها حين أرضعت الثانية فقد تحققت الاختية بينها وبين الاولى فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثالثة وليس فى نكاحه غيرها ففي نكاحها وان كن أربعا فارضعتهن معاً أو واحدة ثم الثلاث معابن جميعاً وكذلك ان أرضعتهن جميعا واحدة بعد الاخرى لانه حين أرضعت الثانية بانت الاوليان للاختية وحين أرضعت الثالثة والرابعة بانت الاخريان أيضاً

الاختية وان أرضعت الثلاث أولا ثم الرابعة بانت الثلاثة الاول دون الرابعة لانها حين أرضعتها فليس في نكاحه غيرها ﴿ قال ﴾ وان تزوج امرأة وصبيتين فارضعتهما المرأة احداهما قبل الاخرى ولم يدخل بالمرأة حرمت المرأة والصبية الأولى لانها حين أرضعت احداهما فقد صارتا اما وابنتا فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فبقي نكاحها لان السابق مجرد العقد على الام وذلك لايوجب حرمة البنت ثم لا مهر للكبيرة لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة ليست من قبلها انما كانت من جهة الكبيرة حين أرضعتها فان اللبن يصل الى جوفها من غير فعل منها في الارتضاع ويرجع بذلك على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لما قلنا ولا تحل له هذه الكبيرة أبداً لان مجرد العقد على البنت يوجب حرمة الام وأما الصبية فانها تحل له اذا فارقته التي عنده لان العقد على الام لايوجب حرمة البنت وان كان بعد ما دخل بالكبيرة حرمن عليه لانهما صارتا ابنتها من الرضاعة والدخول بالام يحرم البنت ثم للكبيرة مهرها ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ولا يحل له واحدة منهن أبداً لوجود الدخول بالام وصحة العقد على البنت ﴿ قال ﴾ واذا تزوج كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل واحدة من الكبيرتين صغيرة وقعت الفرقة بينه وبينهن لان كل صغيرة صارت بنتاً لمن أرضعتها والجمع بين الام والبنت في النكاح حرام فان كانت أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعت الكبيرة الاخري الصغيرتين وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فأما الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فقد بانتا لما قلنا والصغيرة الثانية لم تبن منه بارضاع الكبيرة الاولى فاما بارضاع الكبيرة الثانية فان بدأت بارضاعها بانت منه وان بدأت بارضاع الاولى فالصغيرة الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغيرة الاولى فيما سبق ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فلهذا لا تقع الفرقة بينه وبينها ﴿ قال ﴾ واذا أقر الرجل أن هذه المرأة أخته أو أمه أو ابنته من الرضاعة ثم أراد بعد ذلك أن يتزوجها وقال أوهمت أو أخطأت أو نسيت وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك وله أن يتزوجها وان ثبت على قوله الاول وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وهذا استحسان وفي القياس الجواب في الفصلين سواء لانه أقر بأنها محرمة عليه على التأبيد والمقر به يجعل في حق المقر كالثابت بالبينة أو بالمعاينة والرجوع عن الاقرار

أو ثبت كان النكاح باطلا بزعمه فيفرق بينهما ولا
بنده مضمون بالابتداء رجع
وهذا لان ملك اليمين فقال هذا شئ يقع فيه الاشتباه فقد يقع عند الرجل أنه بعد
ولكنا ثم يتفحص عن حقيقة الحال فيتبين له أنه قد غلط في
خروجه عن ملكه
ولا منفعة انما هو ملك ضرورة غلط فيه يجب قبول قوله شرعا لوجهين (أحدهما) زوال
حق النقل الى الغير والاستقلال اذا تصادقا على أنهما قد غلطا فليس هنا من يكذبهما في خبر
في نفيه فلا يكون مضمونا لابتداء لم يكن على نفسه إنما كان عليها بحرمتها عليه والحل والحرمة
صفة المحل واقرار الانسان على الغير لا يكون لازما فاذا ذكر أنه غلط فيه فهو لا يريد
ابطال شئ لزمه فلهذا قبل قوله في ذلك وإن أقرت المرأة بذلك وأنكر الزوج ثم أكذبت
نفسها وقالت أخطأت فالنكاح جائز وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها
جاز ولا تصدق المرأة على قولها لان حقيقة الحرمية لا تثبت بالاقرار فانه خبر محتمل متمثل
بين الصدق والكذب ولكن الثابت على الاقرار كالمجدد له بعد العقد واقرارها بالحرمة
بعد العقد باطل فكذلك اقرارها به قبل العقد واما اقراره بالحرمة بعد العقد
موجب للفرقة وكذلك إذا أقر به قبل العقد وثبت على ذلك حتى تزوجها فان قيل
ينبغي أن يجب لها نصف المهر كما لو ابتدأ بعد النكاح قلنا انما لا يجب لوجود التصديق
على بطلان أصل النكاح أو لانه غير متهم بالقصد الى اسقاط المهر اذ سبق الاقرار
بوجوب المهر بالنكاح يوضح الفرق بينهما ان الاقرار انما يصح اذا كان مؤثرا في
اما بالمنافاة أو بالازالة واقرار الرجل مؤثر في ذلك فكان معتبرا في المنع من صحة النكاح
اذا ثبت عليه واقرار المرأة غير مؤثر في ذلك فلا يمنع صحة النكاح ﴿قال﴾ ولو أقر
الزوج بهذه المقالة وثبت عليها وأشهد الشهود ثم تزوجته المرأة ولم يعلم بذلك ثم
بهذه الحجة بعد النكاح فرق بينهما ولا ينفعه جحوده لانه لما ثبت على مقالته في
وزعم أنه حق لا غلط فيه فقد لزمه حكم اقراره وصار كالمجدد لذلك الاقرار بعد
فيفرق بينهما ولا ينفعه الجحود ولو أقرا بذلك جميعا ثم كذبا أنفسهما وقالا أخطأنا
تزوجها فالنكاح جائز وكذلك هذا الباب في النسب ليس يلزم من هذا الا
الغلط والاشتباه فيه أظهر فان سبب النسب أخفى من سبب الرضاع فكما ان هناك الاقرار
بدون الثبات عليه لا يوجب الحرمة فكذلك هنا ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة ثم قال

النكاح هي أختي أو ابنتي أو أمي من الرضاعة ثم قال أخطأت أو أوهمت فالنكاح باق استحسانا ولو ثبت على هـذا النطق وقال هو حق فشهدت عليه الشهود بذلك فرق بينهما ولو جحد ذلك لم ينفعه جحوده لان اقراره انما كان موجبا للفرقة بشرط الثبات عليه فان قال اوهمت فقد انعدم ماهو شرطه فلا يوجب الفرقة واذا ثبت على ذلك وجد ماهو شرط الاقرار فثبت حكمه وهو الفرقة ثم لا ينفعه جحوده بعد ذلك وكذلك لو قال هذه أختي أو هذه ابنتي وليس لها نسب معروف ثم قال أوهمت يصدق في ذلك بخلاف ما اذا قال لعبده أو أمته هذا ابني او هذه ابنتي ثم قال أوهمت فانه يعتق عليه ولا يصدق في ذلك والفرق من وجهين أحدهما ان اقراره بالنسب في عبده وأمته ملزم بنفسه لان لما أقر به موجبا في ملكه وهو زوال الملك فان من اشترى ابنه يصح الشراء ويعتق عليه فاذا كان لما أقر به موجب في ملكه كان هو مقراً به في ملك نفسه واقرار الانسان في ملك نفسه ملزم فلهذا يتم بنفسه ثبت عليه أو لم يثبت فاما اقراره بنسب زوجته لاموجب له في ملكه لان من تزوج ابنته لايصح النكاح أصلا لاان يثبت النكاح ثم يزول وانما لايصح النكاح بحرمة المحل فوجب اقراره هنا لايظهر في ملكه وانما يظهر في المحل ولا حق له في المحل لان الحل والحرمة صفة المحل فلم يكن اقراره متناولا لملكه ابتداء فلا يكون ملزما الا اذا ثبت عليه فحينئذ بحكم الثبات عليه يتعدى ضرره الى ملكه فيلزمه من هذا الوجه والثاني ان الاشتباه لايقع بين العبد والابن بل عبده في الغالب مباين لابنه في المطعم والملبس والمجلس فاذا كان الاشتباه يندر فيه لايعتبر فاما الاشتباه قد يقع بين زوجته وابنته لتقاربهما في المطعم والملبس والمجلس فلهذا يعذر اذا قال أوهمت ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته هذه ابنتي وثبت على ذلك ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذلك لو قال هي أمي وله أم معروفة لانه مكذب شرعا فيما أقر به وتكذيب الشرع اياه أقوى من تكذيبه نفسه ولو كذب نفسه وقال أوهمت لم يفرق بينهما فكذا اذا أكذبه الشارع وبه فارق العبد لان هناك لو أكذب نفسه كان حراً فكذلك اذا أكذبه الشرع بأن كان ثابت النسب من غيره والمعنى ما قلنا أن اقراره بنسب العبد مصادف ملكه وهو مصدق فيما يقر به في ملك نفسه فيثبت به العتق وان امتنع بثبوت النسب لكونه معروف النسب من الغير فأما اقراره بنسب امرأته لا يصادف ملكه ابتداء وانما يصادف المحل فيثبت به حرمة المحل ثم ينبني عليه انتفاء الملك

وهنا حرمة المحل لم تثبت حين كانت معروفة النسب من الغير فلهذا لا يبطل النكاح وان لم تكن معروفة النسب من الغير ومثلها يولد لمثله وثبت على ذلك فرق بينهما ولكنه لا يثبت النسب حقيقة الا بتصديق المرأة اياه بذلك لان المقر يعامل فى حقه وكان ماأقر به حق ولكن لا يصدق فى حق الغير فيجعل النسب فى حقه كالثابت حتى يتنى ملكه عنها ولكنه لا يثبت فى حقها لا بتصديقها فلا يلزمها الانتساب اليه الا أن تصدقه فى ذلك واذا كان مثلها لا يولد لمثله لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما لأن تكذيب الحقيقة اياه أقوى من تكذيبه نفسه والفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين العتق مافلنا ان لاقراره بالنسب فى ملكه موجبا فيجعل ذلك الاقرار كناية عن موجبه مجازا وليس لاقراره بالنسب فى ملك النكاح موجب من حيث الازالة فلا يمكن اعماله بطريق المجاز وأكثر مافى الباب أن يقال موجبه نفي أصل النكاح فيجعل كأنه صرح بذلك وجحوده لأصل النكاح لا يكون موجباً للفرقة فكذلك اقراره بذلك وكذلك لو قال أرضعتني ومثلها لا يرضع ولا لبن لها فانه مكذب فى ذلك حقيقة فينزل فى ذلك منزلة تكذيبه نفسه فلهذا لا يفرق بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاحصان

(قال) لا يحصن الرجل المسلم الا المرأة الحرة المسلمة اذا دخل بها هكذا نقل عن الشعبي والنخعي رحمهما الله تعالى ومعنى هذا انه اذا تزوج أمة ودخل بها لا يصير محصنا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وكان المعنى فيه ان ثبوت الاحصان يختص بالوطء بالنكاح حتى لا يثبت بملك اليمين وفى معنى قضاء الشهوة لا فرق بينهما فعرفنا ان الموجب للفرق ان الاحصان انما يثبت بوجود الوطء بين مستوى الحال فى صفة الكمال فان النكاح فى العادة يكون بين مستوى الحال ولا مساواة بين المالك والمملوك فلا يتحقق هذا المعنى اذا وجد الدخول بالأمة بالنكاح لانه لا مساواة بين الامة والحر فاما اذا دخل بالكتابية بالنكاح لم يصر محصنا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يصير محصنا قبل هذا بناء على الرواية

التي تروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الكتابية محصنة وانها ترجم اذا زنت وقيل بل هي مسئلة مبتدأة فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ملك النكاح على الكتابية وعلى المسلمة بصفة الكمال بدليل جواز نكاح كل واحدة منهما على الاخرى والمساواة بينهما فى القسم وولاية المباشرة لكل واحدة منهما بنفسها فكما يصير محصنا بالدخول بالمسلمة فكذلك بالكتابية بخلاف الأمة فانه لامساواة بينها وبين الحرة في حكم النكاح بل حالها على النصف من حال الحرة وبخلاف الصغيرة والمجنونة فانه لامساواة بينها وبين البالغة العاقلة فى ولاية المباشرة وفى معنى قضاء الشهوة لما في طبعه من النفرة عن المجنونة وحجتهما مارويناً وكذلك لما أراد حذيفة بن اليمان رضى الله عنه ان يتزوج يهودية قال له النبى صلى الله عليه وسلم دعها فانها لاتحصنك ولما أراد كعب بن مالك رحمه الله تعالى ان يتزوج يهودية قال له عمر رضى الله عنه دعها فانها لاتحصنك ولان الرق أثر من آثار الكفر فاذا كان الاحصان لايثبت بوطء الأمة بالنكاح لما فيه من الرق فلان لايثبت بوطء الكافرة أولى وهذا لان معنى الازدواج لايتم مع الاختلاف فى الدين فقل مايركن كل واحد منهما الى صاحبه فكانت بمنزلة الصغيرة والمجنونة توضيحه ان الزوجين اذا كانا كافرين لا يصيرا محصنين بالدخول ومعنى المساواة فيما بينهما أظهر فاذا لم يثبت الاحصان بالوطء هناك فلان لايثبت هنا كان أولى وكذلك المسلمة لايحصنها الزوج اذا كان كافراً بأن أسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما لم تصر هى بهذا الدخول محصنة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على ماقلنا وكذلك لايحصنها العبد والمجنون وغير البالغ اعتبارا لجانبها بجانبه فان الاحصان عبارة عن كمال الحال فلا يثبت الا بوطء موصوف بكونه نعمة كاملة من الجانبين ﴿قال﴾ وجماع هؤلاء يحلها للزوج الذى قد طلقها ثلاثا قبل ذلك حتى ان المطلقة ثلاثا اذا كانت ذمية فتزوجت ذمياً ثم أسلمت فدخل بها زوجها قبل ان يفرق بينهما حلت للزوج الأول بهذا الدخول لان النكاح صحيح بينهما قبل تفريق القاضى حتى لو أسلم فهما على نكاحهما والدخول بالنكاح الصحيح يحلها للزوج الأول وكذلك ان كان الزوج عبداً تزوجها باذن المولى ودخل بها حلت للزوج الاول لان اصابة الزوج الثانى انما كان مشروعا لرفع الطلقات مغايظة للزوج الاول وذلك يحصل بدخول العبد والكافر بها كما يحصل بدخول الحر المسلم بل معنى المغايظة فى هذا أكثر بخلاف الاحصان فانه

انما يثبت بالوطء بالنكاح لاعتبار معنى كمال النعمة والعبد والكافر في هـذا ليس نظير الحر المسلم وعلى هـذا دخول الصبى الذى يجامع مثله بالمرأة يحلها للزوج الاول عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يحلها للزوج الاول لان ثبوت الحل للأول يستدعى كمال الفعل الاترى أنه لايحصل بالجماع فيمادون الفرج وفعل الصبي دون فعل البالغ فلانعدام صفة الكمال لايثبت به الحل للزوج الاول ولكنا نستدل بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره واسم الزوج يتناول الصبي كما يتناول البالغ ثم هـذا حكم مختص بالوطء بالنكاح فيتعلق بوطء الصبي كتقرير المسمى والعدة وما هو المعنى فيه وهو مغايظة الزوج الاول حاصل أيضاً فان استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوق من عسيلته قلنا ليس المراد بذوق العسيلة الانزال بل هى اللذة وهى تنال ذلك بوطء الصبى الذى يجامع ولهذا يلزمها الاغتسال بنفس الايلاج وبه يتبين كمال فعل الصبي فى الوطء ﴿قال﴾ وكذلك فعل هؤلاء يوجب من التحريم ما يوجبه جماع البالغ المحصن حتى أن الصبي الذى يجامع مثله يتعلق بوطئه حرمة المصاهرة وكذا الصبية التى يجامع مثلها تثبت حرمة المصاهرة بوطئها وانما يختلفون فيما اذا وطئ صغيرة لا يجامع مثلها فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت به حرمة المصاهرة وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى يثبت لوجود فعل الوطء حقيقة وهو كامل فى نفسه حتى يتعلق به الاغتسال بالايلاج من غير انزال ويثبت به سائر أحكام الوطء أيضا واعتبر الوطء بالعقد وكما أن العقد على الصغيرة كالعقد على البالغة في ايجاب الحرمة فكذلك الوطء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا ثبوت حرمة المصاهرة ليس لعين الوطء . ألا ترى أنه لايثبت بالوطء فى غير المأتى ولكن ثبوته باعتبار معنى البعضية ولا تصور لذلك اذا كانت لايجامع مثلها بخلاف ما اذا كانت يجامع مثلها لان حقيقة البعضية وان كانت باعتبار الماء فهو باطن لايمكن الوقوف عليه فيقام السبب الظاهر مقامه وهو بلوغها حد الشهوة فاذا كانت ممن يشتهى أنزلت منزلة البالغة فى ثبوت الحرمة بوطئها بخلاف ما اذا كانت لاتشتهى . ألا ترى أن اباحة هـذا الفعل شرعا لمقصود النسل ثم جعل بلوغها حد الشهوة في حكم اباحة هذا الفعل قائما مقام حقيقة البلوغ فكذلك هنا بخلاف وجوب الاغتسال فانه متعلق باستطلاق وكاء المنى وذلك بمعنى الحرارة واللين فى المحل فلهذا يستوى فيه التى يجامع مثلها والتى لايجامع كما يستوى فيه الفعل فى المأتى وغير المأتى ﴿قال﴾ والخلوة بين الزوجين البالغين

المسلمين وراء ستر أو باب مغلق يوجب المهر والعدة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايوجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية والمراد بالمسيس الجماع هكذا قال ابن عباس رضي الله عنه أن الله تعالى يكني القبيح بالحسن كما كنى بالمس عن الجماع ولان هذه خلوة خلت عن الاصابة فلا توجب المهر والعدة كالخلوة الفاسدة وهذا لان تقرر البدل في عقود المعاوضات بقبض المعقود عليه والمعقود عليه معنى في باطنها لايصير مستوفي الابالآلة التي تصل الى ذلك الموضع فلا تكون الخلوة فيها قبضا كالقصاص فان حق من له القصاص في الباطن لايصير مستوفى إلا بالآلة الجارحة فلم تكن الخلوة فيه قبضاً والدليل عليه حكم الرجعة وبقاء المطالبة بالوطء فان الخلوة في هذين الحكمين لا تجعل كاستيفاء المعقود عليه فكذلك في حكم المهر والعدة وحجتنا في ذلك قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة فان الافضاء عبارة عن الخلوة ومنه يسمى المكان الخالي فضاء ومنه قول القائل أفضيت اليه بشقوى أي خلوت به وذكرت له سري وتبين بهذا ان المراد بما تلى المسيس أو مايقوم مقامه وهي الخلوة وعن عبد الرحمن بن ثوبان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف قناع امرأته وقبلها فلها المهر كاملا دخل بها ولم يدخل ولما فرق عمر وعلى رضي الله عنهما بين العنين وامرأته الزماه كمال المهر وقالا ماذنبهن إن جاء العجز من قبلكم وعن زرارة بن أبي أوفى أنه قال مضت السنة من الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ان من أغلق على امرأته بابا أو أرخى حجابا كان عليه المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل بها ولانها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد فيتقرر حقها في البدل كما اذا وطئها الزوج وهذا لان البدل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل لاباستيفاء من عليه كما في البيع والاجارة اذا خلى البائع بين المبيع والمشترى أوخلى الآجر بين الدار والمستأجر في المدة يتقرر البدل وان لم يستوف وهذا لانا لوعلقنا تقرر البدل بالاستيفاء امتنع من ذلك قصداً منه الى الاضرار بمن له البدل واذا ثبت أن المعتبر التسليم فالمستحق بالعقد عليها ما في وسعها وفي وسعها تسليم النفس في حال زوال المانع لاحقيقة استيفاء الوطء فاذا أتت بما هو المستحق تقرر حقها في البدل على أن تقام نفسها مقام حقيقة المعقود عليه كما أنها في جواز العقد اقيمت نفسها مقام المعقود عليه فكذلك في حكم التسليم لان تقرر البدل بتسليم مابإعتباره يجوز العقد وهذا

بخلاف حق الرجعة فان ذلك من حق الزوج وهو متمكن من حقيقة الاستيفاء فاذا لم يفعل فهو الذى أبطل حق نفسه وليس من ضرورة وجوب العدة ثبوت الرجعة ألا ترى ان بالموت يتقرر المهر والعدة وليس فيه تصور الرجعة ومطالبتها بالوطء ليستمتع به ويحصن لنفسها صفة الاحصان بسببه وذلك لايحصل بالخلوة اذا ثبت هذا فنقول حد الخلوة الصحيحة أن لا يكون هناك مانع يمنعه من وطئها طبعا ولاشرعا حتى اذا كان أحدهما مريضاً مرضا يمنع الجماع أو صائما فى رمضان أو محرما أو كانت هي حائضاً لاتصح الخلوة لقيام المانع طبعا أو شرعا وفى صوم القضاء روايتان في أصح الروايتين تصح الخلوة لان الذى يجب بالفطر قضاء يوم وهو يسير كما فى صوم النفل وفى الرواية الاخرى لا تصح الخلوة اعتباراً للقضاء بالاداء وفى صوم النفل رواية شاذة أيضاً انه يمنع صحة الخلوة بمنزلة حج النفل وكذلك ان كانت رتقاء أو قرناء لا يحصل التسليم لقيام المانع حساً بخلاف ما اذا كان الزوج مجبوباً أو عنينا وقد بيناه ولو كان بينهما ثالث لا تصح الخلوة لقيام المانع الا أن يكون الثالث ممن لايشعر بذلك كصغير لا يعقل أو مغمى عليه أو نحو ذلك وان خلا بزوجته وهناك أمته وكان محمد رحمه الله تعالى يقول أولا تصح الخلوة بخلاف ما اذا كان هناك أمتها لانه يحل له وطء أمته دون أمتها ثم رجع وقال لاتصح الخلوة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لانه يمتنع من غشيانها بين يدى أمته طبعا وعلى هذا لو خلا بزوجتيه لم تصح الخلوة لما قلنا والمكان الذى لاتصح الخلوة فيه ان يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما بغير اذن كالدار والبيت وما أشبه ذلك ولهذا لاتصح الخلوة فى المسجد والطريق الاعظم والسطح الذى ليس على جوانبه سترة وبعد صحة الخلوة اذا تصادقا على أنه لم يدخل بها لايكونا محصنين لان الخلوة انما تجعل كالاستيفاء فيما هو من حكم العقد والاحصان ليس من ذلك فى شئ فان أقرا بالجماع لزمهما حكم الاحصان وان أقر به أحدهما صدق على نفسه دون صاحبه ولا يحصن الخصى اذا كان لايجامع وكذلك المجبوب والعنين فان جاءت بولد حتى ثبت به النسب من الزوج ففى الخصى والعنين يكونا محصنين لان الحكم بثبوت النسب حكم بالدخول وفى المجبوب ذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان على قول زفر رحمه الله تعالى هى تصير محصنة لما حكمنا بثبوت النسب من الزوج وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لاتصير هى محصنة لانه لا تصور للجماع بدون الآلة والحكم بثبوت النسب بطريق الانزال بالسحق وليس

ذلك من الجماع فى شئ وثبوت حكم الاحصان يتعلق بعين الجماع والرتقاء لاتحصن الرجل لانعدام الجماع مع الرتق ولا احصان بالجماع فى النكاح الفاسد لان الاحصان عبارة عن كمال الحال فانما يحصل بوطء هو نعمة بل نهاية فى النعمة حتي لايحصل بالوطء بملك اليمين والوطء بالنكاح الفاسد حرام فلا يوجب الاحصان ﴿قال﴾ واذا دخل الخنثي بامرأته أو دخل بالخنثي زوجها فهما محصنان لانه لما حكم بكونه رجلا أو امرأة فالجماع بالنكاح الصحيح تحقق بينهما فيثبت به حكم الاحصان ﴿قال﴾ ولو دخل مسلم بامرأته المسلمة ثم ارتدا والعياذ بالله تعالى بطل احصانهما لان الردة تحبط العمل ويلحق المرتد بمن لم يزل كافراً فكما ان الكافر الاصلي لايكون محصناً فالمرتد كذلك فان أسلما جميعاً لم يكونا محصنين الا بجماع جديد بمنزلة زوجين حربيين أو ذميين أسلما وكذلك العبد مع امرأته الأمة اذا أعتقا لم يكونا محصنين حتى يجامعها بعد العتق فان جامعها فهما محصنان علما بالعتق اولم يعلما علمت المرأة ان لها الخيار أولم تعلم فاذا جامعها قبل ان تختار نفسها فقد جامعها بنكاح صحيح بعدما كمل حالهما بالعتق فكانا محصنين ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة من الرجل وهما ينكران الدخول فهما محصنان لان الولد شاهد على الدخول بينهما وهو أقوي من شهادة شاهدين فاذا كان الاحصان يثبت بشهادة شاهدين فبثبوت النسب أولى وهذا لانهما مكذبان في انكارهما الدخول شرعا والمكذب شرعا لايعتبر انكاره ﴿قال﴾ واذا أقرت المرأة ان زوجها قد جامعها وأنكر الزوج ثم فارقها وانقضت عدتها حل لزوجها الاول الذى كان طلقها ثلاثاً ان يصدقها ويتزوجها لانها أخبرت عن أمر بينها وبين ربها وهو حلها للزوج الاول ولا حق للزوج الثانى فى ذلك فانكاره فى ذلك الحكم وجوداً وعدما بمنزلة وكذلك ان اخبره بذلك ثقة ولو أنكرت الدخول بعد اقرارها وقد تزوجها الزوج الاول لم تصدق في ذلك لانها مناقضة ولو كان زوجها الذى فارقها هو الذى اقر بالجماع ولم تقر هى لم يحل للزوج الاول أن يتزوجها ولا يصدق الزوج الثانى عليها لانه لاحق له فى حلها وحرمتها للزوج الاول ولا قول له فى ذلك أصلا ويستوى ان كان خلا بها أو لم يخل بها ألا ترى انها لاتصير محصنة باقرار الزوج الثانى أنه قد جامعها اذا أنكرت هي فكذلك لاتصير محللة للزوج الاول ﴿قال﴾ واذا قالت طلقنى زوجي أو مات عني وانقضت عدتى حل لخاطبها أن يتزوجها ويصدقها لان الحل والحرمة من حق الشرع وكل مسلم أمين مقبول القول فيما هو من حق الشرع انما

لايقبل قوله في حق الغير اذا أكذبه من له الحق ولا حق لاحدهنا فيما أخبرت به فلهذا جاز قبول خبرها في ذلك والله أعلم بالصواب

باب نكاح المتعة

﴿قال﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وتفسير المتعة أن يقول لامرأته اتمتع بك كذا من المدة بكذا من البدل وهذا باطل عندنا جائز عند مالك بن أنس وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولانا اتفقنا على انه كان مباحا والحكم الثابت يبقى حتى يظهر نسخه ولكن قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالآثار المشهورة فمن ذلك ماروى محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنه حديث الربيع بن سبرة رضي الله عنه قال أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام فجئت مع عم لي الى باب امرأة ومع كل واحدمنا بردة وكان بردة عمي أحسن من بردتي فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردته وقالت هلا بردة كبردة هذا أو شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما أصبحت اذا منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا أن الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت في المتعة قط انما ثبتت الاباحة مؤقتة بثلاثة أيام فلا يبقى ذلك بعد مضى الايام الثلاثة حتى يحتاج الى دليل النسخ وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول نسختها آية الطلاق والعدة والميراث وكان عمر رضي الله عنه يقول لو كنت تقدمت في المتعة لرجمت وقال جابر بن يزيد رضي الله عنه ماخرج ابن عباس رضي الله عنهما من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فثبت النسخ باتفاق الصحابة رضي الله عنهم ولما سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك فقالت بيني وبينكم كتاب الله تعالى وتلت قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الآية وهذه ليست بزوجة له ولا ملك يمين له وبيان أنها ليست بزوجة ماقال في الكتاب أنه لا يرث أحدهما من صاحبه بالزوجية ولا يقع عليها الطلاق والظهار والايلاء واستكثر من الشواهد لذلك في الكتاب والمراد بقوله

فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبتغوا بأموالكم محصنين والحسن الناكح

﴿قال﴾ وان قال تزوجتك شهراً فقالت زوجت نفسي منك فهذا متعة وليس بنكاح عند وقال زفر رحمه الله تعالى هو نكاح صحيح لان التوقيت شرط فاسد فان النكاح لا يحتمل التوقيت والشرط الفاسد لا يبطل النكاح بل يصح النكاح ويبطل الشرط كاشتراط الخ وغيرها توضيحه أنه لو شرط أن يطلقها بعد شهر صح النكاح وبطل الشرط فكذا إذا تزوجها شهراً وحجتنا في ذلك ماروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لا أوتى برجل تزوج امرأة الى أجل الا رجمته ولو أدركته ميتاً لرجمت قبره والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل التوقيت انما التوقيت في المتعة فاذا وقتا فقد وجد منهما التنصيص على المتعة فلا ينعقد النكاح وان ذكر لفظ النكاح وهذا لانه لا يخلو اما أن ينعقد العقد مؤبداً أو في مدة الاول باطل فانهما لم يعقدا العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد الحكم في زمان لم يعقدا فيه العقد ألا ترى أنهما لو أضافا النكاح الى مابعد شهر لم ينعقد في الحال لانهما لم يعقداه في الحال فكذلك هنا ولا يجوز أن ينعقد في المدة لان النكاح لا يحتمل ذلك وهذا يبين أن التوقيت ليس بمنزلة الشرط ولكن ينعدم بالتوقيت أصل العقد في الزمان الذى لم يعقداه فيه وهذا بخلاف ما اذا شرط أن يطلقها بعد شهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط القاطع بعد شهر لينقطع به دليل على أنهما عقدا العقد مؤبداً ألا ترى أنه لو صح الشرط هناك لا يبطل النكاح بعد مضى شهر وهنا لو صح التوقيت لم يكن بينهما عقد بعد مضى الوقت كما في الاجارة . وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى ان ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان أكثر من ذلك كمائة سنة أو أكثر يكون النكاح صحيحاً لان في هذا تأكيد معنى التأبيد فان النكاح يعقد للعمر بخلاف ما اذا ذكرا مدة قد يعيشان أكثر من تلك المدة وعندنا الكل سواء لان التأبيد من شرط النكاح فالتوقيت يبطله طالت المدة أو قصرت والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب الدعوى في النكاح ﴾

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا ادعى الرجل نكاح امرأة وأقام عليها البينة وأقامت أخت

عليه البينة انها امرأته وانه أتاها بزوج فالقول قول الرجل والبينة بينته صدقته أولم تصدقه لان ملك النكاح على المرأة للزوج ولهذا كان البدل عليه لما فالزوج يثبت ببينته ماهو حقه و لأخت لاخرى تثبت ببينتها حق لزوج وهو ملك النكاح له عليها وبينة المرء على حق نفسه أولى بالقبول ولان عند تعارض البينتين لاوجه للعمل ببينة الاخت في اثبات نكاحها لوقبلناها نا قبلناها في نفي النكاح على امرأة أثبت الزوج نكاحها والبينات للاثبات لاللنفي ومعنى هذا ان دعوى الزوج نكاح احدى الاختين اقرار منه بحرمة الاخرى عليه في الحال واقراره موجب لفرقة فعرفنا انه لاوجه للقضاء بنكاح الاخرى فبقيت تلك البينة قائمة على النفي ولا مهر للاخرى ان لم يكن دخل بها لان أصل نكاحها لم يثبت ولو كان الزوج أقام البينة أنه تزوج أحداهما ولا نعرف بعينها غير ان الزوج قال هي هذه فان صدقته فهي امرأته لتصادقهما فان تصادقهما في حقهما أقوى من البينة فان جحدت ذلك فلا نكاح بينه وبين واحدة منهما لان الشهود لم يشهدوا على شئ بعينه والشهادة بالمجهول لاتكون حجة ولانه اما ان تزوج احداهما بغير عينها فيكون ذلك باطلا أو تزوج احداهما بعينها ثم نسيها الشهود فقد ضيعوا شهادتهم واذا بطلت الشهادة بقى دعوى الزوج ولا يثبت النكاح بدعوته ولا يمين له على التي يدعي النكاح عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يرى الاستحلاف في النكاح ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وكذلك لو قامت البينة لامرأة بعينها ان أحد هذين الرجلين تزوجها ولا يعرفون أيهما هو والرجلان ينكران ذلك فهو باطل ولا مهر على واحد منهما فان ادعت المرأة ذلك على أحدهما فلا يمين عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان دعواها دعوي النكاح وان ادعت أنه طلقها قبل الدخول وان لها عليه نصف المهر استحلفته على نصف المهر لان دعواها الآن دعوى المال والاستحلاف مشروع في دعوى المال فان نكل عن اليمين لزمه ذلك ولا يثبت النكاح لان الاستحلاف كان في المال لا في النكاح وانما يقضى عند النكول بما استحلف فيه خاصة كما في دعوى السرقة اذا استحلف فنكل يقضى بالمال دون القطع ﴿قال﴾ وان ادعت أختان أنه تزوجهما جميعا وكل واحدة منهما تقيم البينة أنه تزوجها أولا كان ذلك الى الزوج فايهما قال هي الاولى فهي الاولى وهى امرأته لان المعارضة بين البينتين قد تحققت والعمل بهما غير ممكن لحرمة الجمع بين الاختين نكاحا وقد علمنا أن الثابت أحدهما وهو السابق

منهما فاما أن يكون بيان السابق منهما الي الزوج لانه أعرف الناس بها ولانه صاحب الملك واما أن يقال تصديقه احداهما يرجح بينتها فاذا ظهر الرجحان فى بينة احداهما قضى بنكاحها واندفعت بينة الاخرى ولامهر لها عليه ان لم يدخل بها فان جحد الزوج ذلك كله وقال لم أتزوج واحدة منهما أو قال تزوجتهما جميعا ولا أدرى أيتهما الاولى فهو سواء ويفرق بينه وبينهما لان العمل بالبينتين غير ممكن فلا ترجيح لاحداهما فتعين التفريق بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما ان كان لم يدخل بهما من قبل انه كان يقدر على أن يبين فاذا تجاهل في ذلك لم يبرأ من المهر ومعنى هذا الكلام أن نكاح احداهما صحيح بدليل أنه لو بين الزوج أن هذه هي الاولى حكمنا بصحة نكاحها فاذا أبى أن يبين كان ذلك منه بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بينه وبين التي صح نكاحها قبل الدخول فيلزمه نصف المهر وليست احداهما بأولى من الاخرى فلهذا كان نصف المهر بينهما ومن أصحابنا رحمهم الله تعالي من قال جمع فى السؤال بين فصلين وأجاب عن احدهما فان هذا الجواب عما اذا قال تزوجتهما جميعاً ولاأدرى أيتهما الاولى أما اذا قال لم أتزوج واحدة منهما ينبغى أن لايجب عليه شئ من المهر لان العمل بالبينتين تعذر للتعارض وهو منكر ولايجب المهر الا بحجة والاصح ان هذا جواب الفصلين لان المعارضة بين البينتين فى حكم الحل دون المهر ألا ترى ان البينتين لو قامتا بعد موت الزوج عمل بهما فى حق المهر والميراث فاذا لم يكن تعذر العمل والمعارضة فى حكم المهر وجب نصف المهر فى حق الزوج وليست احداهما بأولى من الاخرى فكان بينهما وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى الامالى قال لا شئ عليه لان المقضى له بالمهر منهما مجهول وجهالة المقضى له تمنع صحة القضاء وعند محمد رحمه الله تعالى أنه قال يقضى بجميع المهر لان النكاح لم يرتفع بجحوده فيقضى بمهر كامل للتى صح نكاحها ﴿ قال ﴾ وان كان دخل بأحداهما كان لها المهر وهى امرأته لترجح جانبها بالدخول فان البينتين اذا تعارضتا على العقد تترجح احداهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقى الملك فى عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ماأمكن والامكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح التى دخل بها سابقاً فان قال الزوج هى الاخيرة وتلك الاولى فرق بينه وبينها لاقراره بحرمتها عليه وكان ذلك بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بعد الدخول

بالنكاح الصحيح حتى يلزمه المهر المسمى لها ولا يصدق على أن ينقصها عن ذلك وكانت الاخرى امرأته أيضاً لتصادقهما على النكاح باقرار الزوج انها هي الاولى ﴿ قال ﴾ ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعى انها امرأته ويقيم البينة فان كانت فى بيت احدهما وكان قد دخل بها فهى امرأته لما ان الترجيح يحصل باليد عند تعارض البينتين على العقد ولان تمكنه من الدخول بها أو من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فحينئذ يسقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق فان لم تكن فى يد أحدهما فايهما اقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انها تزوجته قبل الآخر فهى امرأته اما لان بينته ترجح باقرارها له كما بينا فى جانب الزوج أو لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق أحد الرجلين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما وان لم تقر بشئ من ذلك فرق بينهما وبينها لان المعارضة والمساواة قد تحققت والعمل بالبينتين غير ممكن لان ملك الحل لا يحتمل الشركة وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل نكاحهما بخلاف ملك اليمين فان الملك يحتمل الشركة فيجب العمل بالبينتين هناك بحسب الامكان وهذا لأن مقصود الملك هو التصرف وذلك يثبت مع الشركة وهنا المقصود استباحة الوطء والنسل وهذا يفوت بالشركة فاذا تعذر العمل بهما وليس أحدهما بأولى من الآخر يتعين البطلان فيهما فان كانا لم يدخلا بها فلا مهر لها لأن نكاح واحد منهما لم يثبت ولان الفرقة تمنى من جهتها فلا مهر لها قبل الدخول وان كانا قد دخلا بها جميعا ولا يدرى أيهما أول فعلى كل واحد منهما الأقل مما سمى ومن مهر المثل لان كل واحد منهما ان تقدم نكاحه تأكد المسمى بالدخول وان تأخر فلها مهر المثل بالدخول لسقوط الحد بشبهة العقد غير أن المال بالشك لا يجب وانما يجب القدر المتيقن والمتيقن هو الاقل فلهذا كان على كل واحد منهما الاقل من المسمى ومن مهر المثل ﴿ قال ﴾ فان جاءت بولد لزمهما جميعا وكان ولدهما يعقلان عنه بناء على قولنا أن النسب يثبت من رجلين خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وهى مسئلة كتاب الدعوى ويرثانه ميراث أب واحد بينهما نصفان لان الاب في الحقيقة أحدهما وهو من حق الولد من ماله فيجب ميراث أب واحد وليس أحدهما بأولى من الآخر

فيكون بينهما نصفين ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى يرث من كل واحد منهما نصف ميراث ابن لانه ابن أحدهما فكما أن في جانبهما يرثانه ميراث أب واحد فكذلك في جانبه يرث منهما ميراث ابن واحد ولكنا نقول هو ابن لكل واحد منهما كما قال عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما هو ابنهما ويرثهما وهذا لأن البنوة لاتحتمل التجزى الا أن في جانبهما تحققت المزاحمة فتثبت المناصفة وفي جانبه لامزاحمة فيرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل حتى لو انعدمت المزاحمة في جانبهما بأن مات أحدهما قبل الغلام أحرز الثاني من مال الغلام ميراث أب كامل وهو معنى قول عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما وهو للباقي منهما ولو كانت المرأة أقرت أن أحد الرجلين هو الزوج لزمه الولد خاصة لان نكاح المقر له قد ثبت باقرارهما وثبوت نسب الولد منه باعتبار الفراش ولا معارضة بين الفراش الصحيح والفاسد فلهذا ثبت نسب الولد منه فان لم تقر بذلك حتى ماتت كان على كل واحد منهما نصف ماسمى لها من المهر وكان ميراث الزوج من تركتها بينهما نصفين لان نكاح أحدهما صحيح منته بالموت فيكون له الميراث وعليه المسمى لها وليس أحدهما بأولى من الآخر فلذلك تنصف بينهما الميراث والمهر المسمى وهذا لان تعذر العمل بالبينتين ووجوب التوقف لمعنى الحل وذلك يزول بموتها الا ترى انه لو كان إقامة البينة من الرجلين بعد الموت وجب العمل بهذه الصفة فكذلك اذا ماتت بعد اقامة البينتين وهذا لان المقصود من النكاح بعد الموت الميراث وهو مال يحتمل الشركة وفي حال الحياة المقصود هو الحل وهو غير محتمل للشركة ﴿قال﴾ ولو لم تمت هي ولكن مات أحد الرجلين فان قالت المرأة هذا الميت هو الاول فلها في ماله المهر والميراث فان تصديقها بعد موت الزوج كتصديقها في حياته فيثبت النكاح بينهما فينتهي بالموت الا ترى ان رجلا لو أقر بنكاح امرأة فصدقته بعد الموت كان تصديقها صحيحاً لان النكاح بموت الزوج يرتفع الى خلف وهو العدة ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة زوجين في عقدة واحدة كان النكاح باطلا لان النكاح لايحتمل الاشتراك وليس أحدهما بأولى من الآخر ولا خيار لها في ذلك لان ثبوت الخيار ينبني على صحة السبب ولم يصح السبب في حق كل واحد منهما لاقتران المنافي به وكذلك لو كانت ذمية أو حربية ثم أسلموا لان هذا لا يتجه عند أحد ممن يعتقد ملة فحكم أهل الملل في ذلك سواء ﴿قال﴾ ولو كان أحد الزوجين له

أربع نسوة كان نكاح الذي ليس له نسوة منهما جائز لانه لو انفرد نكاح الذي له أربع نسوة لم يصح ولو انفرد نكاح الآخر كان صحيحاً فاذا اجتمعا صح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وهذا لان المعارضة لا تتحقق بين ماله صحة وبين ما لا صحة له واذا صح نكاح أحدهما فعليه جميع ماسمى لها ان كانا سميا ألف درهم وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر عنده بالوروح امرأتين واحداهما لاتحل له بمهر واحد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرقان بين هذه وبين تلك فيقولان الالف هنا مقابله بضعها وقد سلم ذلك للذي صح نكاحه بكماله فاما هناك الالف مسمى حقا له بضعين فاذا لم تسلم له الا أحدهما لا يلزمه الا مقدار حصته من المهر وان كان سمى كل واحد منهما لنفسه خمسمائة لم يلزم هذا الزوج الا خمسمائة لانه ماالتزم الا هذا المقدار ولا يلزم من المهر لا قدر ما التزمه بخلاف الاول فان هناك كل واحد منهما قد سمى جميع الالف بمقابلة بضعها فاذا سلم ذلك لاحدهما لزمه جميع المهر ﴿قال﴾ والنكاح الفاسد اذا لم يكن فيه مسيس أو نظر لا يثبت حرمة المصاهرة لان النكاح انما يقام مقام الوطء في اثبات حرمة المصاهرة لانه يتوصل به الى الوطء شرعا وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد فلهذا لا يثبت به الحرمة ولان النكاح الفاسد أصله غير منعقد فالسبب الفاسد لا يثبت الا الملك الحرام وموجب النكاح ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فاذا انعدم اثبات الملك الحلال بالسبب الفاسد والملك الحرام بالنكاح لا يكون خلا السبب عن الحكم والاسباب الشرعية انما تعتبر لاحكامها فكل سبب خلا عن الحكم كان لغوا واذا أقامت المرأة البينة على النكاح والزوج جاحد يثبت نكاحها ولم يفسد بجحوده لان النكاح الثابت لا يرتفع الا بالطلاق وجحوده ليس بطلاق فان الطلاق قطع للنكاح والجحود نفي للنكاح أصلا فلا يصير به قاطعاً فلهذا قضى بالنكاح بينهما والله أعلم بالصدق والصواب

﴿باب الغرور في المملوكة﴾

﴿قال﴾ رجل تزوج امرأة على أنها حرة فولدت له أولاداً فاذا هي مكاتبة قد أذن لها مولاها في التزوج أخذت عقرها وقيمة ولدها الا في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال لا تجب قيمة الولد أصلا لانها تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها وفي هذا تحصيل بعض مقصودها وفي ظاهر الرواية يقول هذا ان لو دخل الولد في كتابتها ولم يدخل لانه علق حراً

فوجب المقر وقيمة الولد لها كما هو الحكم في المغرور وهي بالكتابة صارت أحق باجزائها ومنافعها فما هو بدل جزء منها فهو لها ثم يرجع الاب بقيمة الولد على الذى غره ان كان رجل حر غره بأن زوجها منه على أنها حرة فان كانت المكاتبة هي التى غرته بأن زوجت نفسها منه على أنها حرة فلا شئ لها عليه من قيمة الولد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول لانها لو رجعت عليه بقيمة الولد رجع هو عليها بذلك بسبب الغرور فلا يكون مفيداً ثم رجع فقال لها أن تأخذ قيمة الولد وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان رجوعه عليها بعد العتق فان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة فيتأخر الى ما بعد عتقها والقيمة لها عليه في الحال فكان الرجوع مفيداً وان مات مولاها وهى مكاتبة على حالها فورثه أب الولد خيرت بين أن تبطل الكتابة وبين أن تمضى عليها لانها ان أبطلت الكتابة صارت مملوكة لأب الولد بالميراث ولها منه ولد ثابت النسب فتصير أم ولد له فقد تلقاها جهتا حرية احداهما مؤجلة بغير بدل وهو الاستيلاد والاخرى معجلة ببدل وهو الكتابة فان مضت على الكتابة فعتقت بالاداء فانما عتقت على ملك المولى الاول وكان ولاؤها له وان مات أب الولد قبل أن تؤدى عتقت وبطلت عنها المكاتبة لانها بمنزلة أم الولد فتعتق بموت السيد فان قيل هو لم يملك رقبتها اذا اختارت المضى على الكتابة ﴿قلنا﴾ نعم ولكنه صار أحق الناس بها حتى لو أعتقها نفذ عتقه فكذلك اذا مات لان عتق أم الولد متعلق بموت المولى شرعا على أن يصير المولى كالمعتق لها ولانها انما اختارت الكتابة لما في في العتق بجهة الاستيلاد من التأخير فاذا تعجل ذلك بموت المولى فالظاهر أنها تختار هذه الجهة فاذا عتقت سقط عنها بدل الكتابة إما لانفساخ العقد برضاها أو لوقوع الاستغناء لها عن أداء البدل وهو بمنزلة مالو وهب لها المكاتبة ومعنى هذا أن حق المستولد فيها الى موته فبالموت يصير مسقطاً حقه فكانه ابرأها عن بدل الكتابة والوارث اذا كان واحداً فابراء المكاتب عن المكاتبة يصح ابراؤه ويعتق ولهذا لو كان معه شريك فى الميراث سعت فى مكاتبتها على حالها لان ابراء أحد الوارثين عن نصيبه من بدل الكتابة لايوجب عتق شئ منها وانما جعلناه كالمبرئ لتعتق فاذا كانت لاتعتق هنا لم يكن مبرئاً ولانه لم يسلم لها العتق مجانا فى الحال فبقيت على اختيارها الاول وهو المضى على الكتابة فلهذا سعت فى مكاتبتها وكان الولاء للأول اذا أدت ألا ترى ان المكاتب اذا ورثه رجلان فاعتقه أحدهما كان عتقه باطلا ولوكانت

المكاتبة حين ورثها رجلان اختارت ان تكون أم ولد بطلت الكتابة ويضمن أب الولد نصف قيمتها لشريكه لان حكم الاستيلاد كما ثبت في نصيبه ثبت في نصيب الشريك أيضاً لانه لايحتمل التجزى فصار هو متملكا نصيب شريكه بضمان القيمة وضمان التملك لايختلف باليسار والاعسار ﴿قال﴾ أمة غرت رجلين من نفسها فتزوجاها على انها حرة وولدت لهما أولاداً ثم ملكاها بوجه من الوجوه كانت أم ولد لهما لانهما ملكاها ولكل واحد منهما ولد ثابت النسب منها وان ملكها أحدهما فهي أم ولد له لهذا المعنى وهذا لان نسب الولد لما ثبت بشبهة النكاح كان هذا بمنزلة الاستيلاد بملك الملك في ثبوت حق الولد في حقيقة الحرية فكذلك في ثبوت حقها في أمية الولد لان حقها تبع لحق الولد فان كانت قد ولدت عند المولى أولاداً بعد ذلك فملكها أحدهما مع أولادها كان أولادها من غيره ارقاء لان ثبوت حق أمية الولد فيها بعد ماتملكها المستولد فان حق الحرية كحقيقة الحرية في استدعائه ملك الحل وقد انفصل الاولاد قبل ثبوت الحق فيها فلا يسرى ذلك الحق اليهم ﴿قال﴾ واذا غرت الامة رجلا من نفسها وأخبرته انها أمة لهذا الرجل فاشتراها منه فولدت له أولادا ثم استحقها رجل أخذها وعقرها وقيمة ولدها كان لاب الولد ان يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذى باعه لان سبب الغرور مباشرة البيع وانما كان ذلك من البائع ومتى ملكها المغرور بعد ذلك فهى أم ولد لثبوت نسب الولد منه والله أعلم بالصواب

باب النكاح في العقود المتفرقة

﴿قال﴾ رضى الله عنه ولا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة بالنكاح الا على قول الروافض فانهم يجوزون الجمع بين تسع نسوة لظاهر قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والواو للجمع فاذا جمعت بين هذه الاعداد كان تسعا ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين تسع نسوة وهو قدوة الأمة صلى الله عليه وسلم فما يجوز له يجوز لامته وحجتنا في ذلك قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد قال الفراء رحمه الله تعالى لاوجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى في الكلام والدليل عليه قوله تعالى أولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد وقد بينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بسبب اباحة تسع نسوة له وهو اتساع حله

بفضيلة

بفضيلة النبوة فان بزيادة الفضيلة يزداد الحل كما بين الاحرار والمماليك ولم ينقل عن أحد في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بعده الى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا وفي قوله صلى الله وعليه وسلم يتزوج العبد ثنتين ويطلق تطليقتين ما يدل على أن الحر لا يتزوج أكثر من أربع لان حال المملوك على النصف من حال الحر وله أن يتسرى على الاربع مابداله من السراري ماخلا امرأة ذات رحم محرم منها من نسب أو رضاع لحديث عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنه ماحرم الله تعالى من الحرائر شيئا الا وقد حرم من الاماء مثله الا رجل يجمعهن يريد به العدد اذ التسرى غير محصور بعدد لان النكاح انما كان محصوراً بعدد لوجوب العدل والتسوية بينهن في القسم وعند كثرة العدد يعجز عن ذلك وفي الاماء لا يلزمه التسوية بينهن في القسم فلهذا لا يكون محصوراً بالعدد واليه أشار الله تعالى في قوله تعالى فان خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم فاما سائر أسباب الحرمة كالرضاع والمصاهرة والمحرمية لا تختلف بالمنكوحة والمملوكة ﴿ قال ﴾ رجل تزوج أربع نسوة بالكوفة ثم طلق احداهن بغير عينها بمكة ثم تزوج مكية ثم طلق احدى نسائه ثم تزوج بالطائف أخرى ثم مات ولم يدخل بواحدة منهن فنقول العقود كلها قد صحت منه لانه انما تزوج المكية بعد ماطلق احدى الكوفيات قبل الدخول فحين تزوجها لم يكن في نكاحه الا ثلاث نسوة فان قيل أليس ان الطلاق المبهم يجعل كالمتعلق بخطر البيان فينبغي ان لا يصح نكاح المكية ﴿قلنا﴾ هذا في حق المحل لوجود التنكير في المحل فاما في جانب المطلق لا ابهام لانه متعين في نفسه وحكم العدد ينبني على العدد في جانبه وهو يعلم انه تزوج المكية وليس في نكاحه الا ثلاث نسوة ثم تزوج الطائفية وليس في نكاحه الا ثلاث نسوة ثم المسئلة تشتمل على حكم المهر والميراث والعدة أما بيان حكم المهر أن للطائفية مهرا كاملا لان نكاحها قد صح ولم يحدث بعد نكاحها طلاق فيتقرر مهرها بالموت وللمكية سبعة أثمان المهر لانه بعد ما تزوجها طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول وذلك مسقط نصف مهر المشكل متردد بينها وبين ثلاث من الكوفيات فيتوزع النقصان عليهن أرباعا فيصيبها نقصان نصف ربع صداق وذلك ثمن صداق فبقي لها سبعة أثمان صداق وأما الكوفيات فلهن ثلاثة أصدقة وثمن صداق بينهن سواء لانه حين طلق احداهن أولا فقد سقط بهذا الطلاق نصف مهر ومن الطلاق الثاني أصابهن أيضاً نقصان ثلاثة أرباع نصف مهر وذلك

ستة أثمانه وقد نقصت من ذلك مرة نصف صداق ومرة

ثمن صداق ... وثمن صداق والمن في ذلك سواء فيقسم بينهن بالسوية

أرباعا وثلاثة أثمان ميراث الطائفية وربع ميراث النساء ثم كل أو ربما لانها احدى نسائه بيقين وللمكية ربع ما بقي لان الباقي وهو ثلاثة أرباع ميراث النساء لا يزاحمها فيه الا ثلاث من الكوفيات والمكية فيه سواء فلها ربع ذلك والباقي بين الكوفيات بالسوية لاستواء حالهن في ذلك وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها أما في حق الطائفية فللتيقن بانتهاء نكاحها بالموت وفي حق البواقي لاحتمال ذلك والعدة يحتاط لايجابها ﴿قال﴾ ولو كان بعد ما تزوج الطائفية طلق احدى نسائه ثم مات فنقول أما ان حكم المهر ان للطائفية هنا سبعة أثمان مهرها لانه طلق احدى نسائه بعد ما تزوجها فانتقص به نصف صداق وانما يصيبها من ذلك النقصان الربع فبقي لها سبعة أثمان صداق وللمكية ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر لأن من النقصان الحاصل بالطليقة الاخيرة انما يصيبها ربع ثلاثة أرباع نصف صداق فان هذا النقصان يدور بينها وبين ثلاث من الكوفيات وربع ثلاثة أرباع النصف يكون ثلاثة أرباع ثمن الصداق فقد أصابها بالتطليقة الثانية نقصان ثمن صداق كما بينا وبالتطليقة الثالثة ثلاثة أرباع ثمن فبقي لها ستة أثمان وربع ثمن واذا جمعت ذلك كان مهراً وثمن مهر وربع ثمن مهر صداق وللكوفيات مهران وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن صداق لانه انتقص من مهورهن بالطلاق الاول نصف صداق وبالطلاق الثاني ثلاثة أثمان صداق وبالطلاق الثالث ثمنان وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهراً وثمن مهر وربع ثمن مهر فاذا نقصت ذلك من أربعة مهور بقي مهران وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن وفي حكم الميراث والعدة هذا والاول في التخريج سواء ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأة في عقدة ومرأتين في عقدة وثلاثا في عقدة ولا يعلم أيتهن الاولى فأما الواحدة فنكاحها صحيح بيقين لان الصحيح من العقدين الأخيرين أحدهما ونكاح الواحدة صحيح تقدم أو تأخر والقول قول الزوج في الثلاث والثنتين أيتهن قال هي الاولى لان نكاح أحد الفريقين صحيح وهو السابق والزوج هو الذي يعرف ذلك لانه باشر العقود فيعرف السابق من المتأخر ولانه صاحب ملك فاليه بيان محل ملكه ولان حقوق النكاح تجب عليه فاليه بيان من يستوجب الحق عليه وأي الفريقين مات والزوج حي فقال هن الأولى ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الأواخر لان حق البيان الثابت له لا يبطل بموتهن

فان الموت منه للنكاح مقرر لاحكامه وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته أو عند موته لاحد الفريقين هؤلاء الاول فهو الأول ويفرق بينه وبين الأواخر ولكل واحدة الاولى من مهر مثلها ومما سمى لها لدخوله بها بحكم نكاح فاسد ومراده بهذا الفصل ان دخوله بهن لايؤثر في البيان اذا لم يعلم من دخل بها اولا لان حال الفريقين في ذلك سواء وان قال الزوج لاأدرى أيهن الأولى حجب عنهن الا عن الواحدة لانه انما يخلى بينه وبين من صح نكاحها منهن ونكاح الواحدة صحيح فيخلى بينه وبينها ولم يتيقن من صح نكاحه من الفريقين الآخرين فيكون محجوبا عنهن مجبرا على ان يبين الأول من الآخر فان مات قبل ان يبين في المسئلة بيان حكم الميراث والمهر والعدة أما بيان حكم المهر ان للواحدة ماسمى لها من المهر بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف بينهن وللثنتين مهر واحد بينهما على اختلاف الاصلين فان أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى في جنس هذه المسائل اعتبار الجملة والتخريج على ذلك فنقول أكثر مالهن ثلاثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلاث وأقل مالهن مهران بان يكون السابق نكاح المثنى فالتردد في مهر واحد يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لاخصومة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك للثلاث وهو نصف مهر بقي مهران استوت فيه منازعة الفريقين فكان بينهما نصفين فيحصل للثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد وأصل محمد رحمه الله تعالى في ذلك اعتبار الاحوال في حق كل فريق على حدة فيقول أما الثلاث فان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلاشئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وأما المثنى فان صح نكاحهما فلهما مهران وان لم يصح فلاشئ لهما فلهما نصف ذلك ونكاحهما يصح في حال دون حال فلهما مهر واحد وأما حكم الميراث فنقول للواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين من ميراث النساء ربما كان أوفر لان نكاحها صحيح على كل حال فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ربع ميراث النساء وان صح مع المثنى فلها الثلث والربع بيقين وما زاد عليه الى تمام الثلث يثبت في حال دون حال فيتنصف فنحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر ثم نتنصف السهم الزائد على الربع الى تمام الثلث فتنكسر بالانصاف فيضعف الحساب فيكون أربعة وعشرين فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ستة من أربعة وعشرين وان صح نكاحها مع المثنى فلها ثمانية فالتردد في سهمين فيثبت أحدهما ويسقط الآخر فكان لها سبعة من أربعة

وعشرين وما بقي وهو ستة عشر سهما بين المرتين الأخريين نصفين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى للمثنى من ذلك ثمانية أسهم وللثلاث ستة أسهم وجه قولهما أن السهم الزائد على ستة عشر لا منازعة فيه للمثنى لانه ان صح نكاحهما فلهما ثلثا الميراث ستة عشر من أربعة وعشرين فيسلم ذلك السهم للثلاث وقد استوت منازعة الفريقين في ستة عشر فكان بينهما نصفين أو يعتبر حال كل فريق فنقول ان صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر وان لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة وان صح نكاح المثنى فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وان لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك ثمانية وابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما بقي من ميراث النساء بعد ما أخذت الواحدة نصفها بينهم جميع ميراث النساء ان لو لم تكن الواحدة أصلا ولو لم تكن الواحدة أصلا كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين فكذلك ما بقي وهذا لان عله الاستحقاق في حق الفريقين سواء فان كل واحد منهما مستحق اذا كان سابقا محروم اذا كان مسبوقا وقولهما ان المثنى لا يدعيان السهم الواحد فانما لا يدعيان ذلك باعتبار استحقاق الواحدة لذلك السهم فاما بدون استحقاقها فهما يدعيان جميع الميراث وقد خرج ذلك السهم من أن يكون مستحقا للواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء فلهذا قسم بين الفريقين نصفين ﴿قال﴾ وعليهن عدة الوفاة عشر زوجات احتياطا لما قلنا وان كان قد دخل بهن كلهن ولا يعرف الاول والآخر فعلى الثلاث والثنتين عدة الوفاة والحيض جميعا على معنى ان كل واحدة تعتد أربعة أشهر وعشرا تستكمل في ذلك ثلاث حيض لان من وجه عليهن عدة الوفاة وهو ما اذا صح نكاحهن ومن وجه الحيض وهو ما اذا فسد نكاحهن فتجب العدة بالحيض لاجل الدخول فيجمع بينهما احتياطا فأما على الواحدة عدة المتوفي عنها زوجها لا حيض في ذلك لان نكاحها صحيح بيقين ثم ان كان مهر مثل كل واحدة من الثلاث والثنتين أقل من المسمى فلها مهر مثلها ونصف الفضل الى تمام المسمى لان في وجوب الاقل وهو مهر المثل اما بالعقد أو بالدخول تيقن وما زاد عليه الى تمام المسمى تستحقه كل واحدة ان صح نكاحها ونكاحها يصح في حال دون حال فلهذا كان لكل واحدة نصف ذلك فان كان الزوج حيا فجامع امرأة منهن أو طلقها أو ظاهر منها كان هذا الى رأيه فيها ومنهما الاولى لان البيان تارة يحصل

بالتصريح وتارة بالدليل فاقدامه على الظهار والطلاق فى احداهن بيان منه ان نكاحها صحيح لان ماباشره من التصرف مختص بالنكاح الصحيح وكذلك ان جامع لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ماأمكن وانما يكون وطؤه اياها حلالا اذا كان صح نكاحها فلهذا كان هذا بمنزلة البيان منه ان السابق عقدها ﴿قال﴾ وان كانت احدى الثلاث أم احدى الثنتين ولم يدخل بشئ منهن فالجواب على ما تقدم أيضاً لان الصحيح نكاح أحد الفريقين وهوالسابق منهما وفى هذا لايفترق الحال بين ان يكون بينهما محرمية أولم يكن ﴿قال﴾ ولو كان مع الثلاث أمة كان نكاح الامة فاسداً على كل حال لانه ان تقدم هذا العقد فنكاح الحرائر بهذا العقد صحيح ومتى صح نكاح الحرائر بطل نكاح الامة المضمومة اليهن وان تأخر نكاحهن فهو فاسد ولهذا كان نكاح الامة فاسداً على كل حال ﴿قال﴾ وكذلك لو كانت احدى الثنتين أمة فنكاحها فاسد بيقين لما قلنا فان مات الزوج قبل ان يدخل بهن وقبل ان يبين الاولى منهن واحدى الثلاث أمة واحدى الثنتين أمة فنكاح الامتين فاسد ونكاح الحرائر كلهن جائز أما فساد نكاح الامتين لما قلنا وعند فساد نكاحها الحرائر أربع فيجوز نكاحهن المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وان كانت احدى الثلاث أمة والثنتان حرتان وقد تزوج الواحدة الحرة قبلهن يعلم ذلك فنكاح الامة فاسد لعلمنا انه تزوجها على حرة ونكاح الامة على الحرة فاسد وللحرة المنفردة المهر وثلث ميراث النساء لان نكاحها صحيح بيقين وانما يزاحمها فى الميراث امرأتان اما المنفردتان أواللتان كانتامع الامة فلها ثلث ميراث النساء ولكل حرتين نصف مابقى من الميراث لاستواء حال الفريقين في ذلك فان كل فريق ان تقدم نكاحها استحق ذلك وان تأخر لا ويكون للفريقين مهران بينهما سواء لاستواء حال الفريقين فى استحقاق المهرين على ماقلنا ﴿قال﴾ وان كانت احدى الثنتين أمة والثلاث حرائر ولا يعلم أى النساء تزوج أولا فنكاح الامة فاسد للتيقن بضمها الى الحرة والميراث بين الحرائر الخمس على أربعة أسهم للثلاث من ذلك سهم ونصف وللمنفردتين سهمان ونصف وهذا فى الحكم كرجل تزوج ثلاثا في عقدة وواحدة فى عقدة وواحدة فى عقدة ولا يدرى أيتهن أول بل هى تلك المسئلة بعينها ووجه التخريج ان الثلاث ان صح نكاحهن بان تقدم أوكان بعد الواحدة من المنفردتين فلهن ثلاثة ارباع ميراث النساء لان الصحيح معهن نكاح الواحدة من المنفردتين سابقاً أو متأخراً

وان لم يصح فلا شئ لهن بان كان نكاحهن بعد نكاح المنفردتين فلهن نصف ثلاثة ارباع الميراث وذلك سهم ونصف من أربعة وما بقى بين المنفردتين لاستواء حالهما ولانهما يستحقان جميع الميراث فى حال وهو ان يكون نكاحهما سابقاً والربع في حال وهو ان يكون نكاح الثلاث سابقاً فالربع لهما بيقين وهو سهم من أربعة وثلاثة تثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهما سهمان ونصف من أربعة وحالهما في استحقاق ذلك سواء فيكون بينهما نصفين وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وللمنفردتين مهر ونصف لان نكاح إحداهما صحيح بيقين تقدم أو تأخر فيتيقن لها بمهر والاخرى ان صح نكاحها فلها مهر وان لم يصح فلا شئ لها فيتنصف مهرها وليست احداهما بأولى من الاخرى بشئ فما اجتمع لهما وهو مهر ونصف بينهما نصفان ﴿قال﴾ واذا تزوج واحدة فى عقدة وثنتين فى عقدة وثلاثا فى عقدة وأربعا فى عقدة ثم مات ولا يعرف أيتهن أول فنقول ميراث النساء ربعا كان أو ثمنا بين الثنتين والثلاث والاربع أثلاثا لان الميراث انما يتوزع على الاحوال والاحوال ثلاثة بيقين إما أن يصح نكاح الاربع أو نكاح الثلاث مع الواحدة أو نكاح الثنتين مع الواحدة وليس هنا حالة رابعة وباعتبار الاحوال كل فريق فى استحقاق الميراث مساو للفريقين الآخرين على معنى أنه ان تقدم نكاحه استحق الميراث والا فلا فلهذا كان الميراث بينهن أثلاثا لا مزاحمة للواحدة مع الاربع فى الثلث الذى صار لهن لان نكاحها لا يجوز معهن وانما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ولكنها تدخل مع الثلاث فتأخذ ثمن ما أصابهن لانهن انما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ونكاح الواحدة يجوز معهن الا أن فى نكاح الواحدة ترددا فانه اما أن يجوز مع الثلاث أو مع الثنتين فان جاز مع الثلاث كان لها ربع ما فى يدى الثلاث وان جاز مع الثنتين لم يكن لها شئ مما فى يدى الثلاث فتأخذ مما في يدي الثلاث نصف الربع وهو الثمن والباقي بين الثلاث أثلاثا ثم تدخل مع الثنتين فتأخذ سدس ما فى يديهما لانهما أخذتا باعتبار جواز نكاحهما ونكاح الواحدة يجوز مع نكاحهما فان كان جواز نكاحها معهما كان لها ثلث ما فى أيديهما وان كان مع الثلاث لم يكن لها شئ مما فى أيديهما فلهذا تأخذ منهما نصف الثلث وهو سدس ما في أيديهما والباقي بينهما نصفان وأما حكم المهر فنقول على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور

ونصف مهر لانه ان جاز نكاح الاربع فلهن أربعة مهور وان جاز نكاح الثلاث مع الواحدة فكذلك وان كان جاز نكاح الثنتين مع الواحدة فلهن ثلاثة مهور فثلاثة مهور لهن بيقين والمهر الرابع يثبت في حالين ولا يثبت في حال ولكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكانه ثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن ثلاثة مهور ونصف مهر فاما نصف مهر من ذلك فللاربع ثلاثة أرباعه وللثلاث ربعه لانه لا منازعة للثنتين فى هذا النصف والاربع يدعين ذلك لأنفسهن والثلاث يدعين ذلك بانضمام الواحدة اليهن وانضمام الواحدة اليهن فى حال دون حال فباعتبار الحالين يكون للثلاث نصف نصف هذا وهو الربع وللاربع ثلاثة أرباع فأما مهر واحد فللاربع منه سدسان ونصف سدس وللثلاث سدسان ونصف سدس وللثنتين سدس لان الثلاث والاربع يدعين هذا المهر لانفسهن والثنتان لا يدعيان ذلك الا بانضمام الواحدة اليهما وانضمام الواحدة اليهما فى حال دون حال ففى حالة الانضمام لهما ثلث ذلك وفى غير حالة الانضمام لا شئ لهما فلهما نصف الثلث وهو السدس والباقى وهو خمسة أسداس استوت فيه منازعة الثلاث والأربع فكان بينهما نصفين لكل فريق سدسان ونصف سدس وأما المهران فقد استوت فى ذلك منازعة الفرق الثلاث فكان بينهن أثلاثاً لكل فريق ثلثا مهر فأما الأربع فقد أصابهن مرة ثلثا مهر ومرة سدسان ونصف سدس ومرة ثلاثة أرباع النصف فيجمع ذلك كله ويقسم بينهن بالسوية اذ لا مزاحمة للواحدة معهن واما الثلاث فقد أصابهن مرة ثمن مهر ومرة سدسان ونصف سدس ومرة ثلثا مهر فيجمع ذلك كله ثم الواحدة تأخذ ثمن جميع ذلك لانه ان صح نكاحها معهن فلها ربع ذلك وان لم يصح فلا شئ لها فتأخذ ثمن ذلك والباقى بين الثلاث بالسوية واما الثنتان فانهما أصابهما مرة ثلثا مهر ومرة سدس مهر فتدخل الواحدة معهما وتأخذ سدس ما في أيديهما لانه ان جاز نكاحها معهما فلها ثلث ذلك والا فلا شئ لها فتأخذ نصف الثلث وهو السدس ثم الباقى بينهما نصفان واذا أردت تصحيح الحساب فالطريق فيه ضرب هذا المخارج بعضها فى بعض وهو واضح لا يشتغل به للتحرز عن التطويل وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للاربع مهر وثلث مهر وللثلاث مهر وللاثنتين ثلثا مهر وللواحدة نصف مهر فجملة ذلك أيضاً ثلاثة مهور ونصف كما هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ووجه التخريج ان الأحوال ثلاثة فيجب اعتبار كل حالة فيقول نكاح الاربع يصح فى حال ولا يصح فى حالين فان صح

نكاحهن فلهن أربعة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن وأحوال الحرمان أحوال فلهن ثلث ذلك وهو مهر وثلث مهر بينهن بالسوية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن ونكاحهن يصح في حال ولا يصح في حالين فلهن ثلث ذلك وهو مهر واحد والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهران ونكاحهما صحيح في حال دون حالين فلهما ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر والواحدة يصح نكاحها في حالين اما مع الثلاث أو مع الثنتين ولا يصح نكاحها في حال وهو ما اذا تقدم نكاح الاربع لكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكان نكاحها يصح في حال دون حال فكان لها نصف المهر وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطا

﴿قال﴾ فان كانت احدى الاربع أمة والمسئلة بحالها فنكاح الأمة فاسد بيقين لانضمامها الى الحرائر ولا حظ لها من المهر ولا من الميراث ونكاح المنفردة هنا صحيح على كل حال لان الباقي في الحاصل ثلاث وثلاث واثنتان وواحدة فيتيقن بصحة نكاح الواحدة اما مع الثنتين أو مع احد الفريقين من الثلاث ثم بيان حكم المهران على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور ونصف لما بينا ان أكثر مالهن أربعة مهور وأقل مالهن ثلاثة مهور فيتوزع المهر الرابع نصفين ثم للمنفردة من هذه الجملة مهر كامل لانا تيقنا بصحة نكاحها بقي مهران ونصف فأما نصف مهر من ذلك لامنازعة فيه للثنتين وكل فريق من الثلاث يدعين ذلك فيكون بين الفريقين نصفين بقي مهران استوت فيهما منازعة الفرق الثلاثة فكان بينهن أثلاثا لكل فريق ثلثا مهر فأما على قول محمد فللواحدة مهر كامل لما قلنا ولكل فريق من الثلاث مهر واحد لان نكاح كل فريق يصح في حال ولا يصح في حالين وفي حالة الصحة لهن ثلاثة مهور وأحوال الحرمان أحوال فكان لكل فريق ثلث ذلك وهو مهر واحد ونكاح الثنتين يصح في حال ولا يصح في حالين وفي حالة الصحة لهما مهران فلهما ثلث ذلك وهو ثلثا مهر وميراث النساء بينهن للواحدة من ذلك سبعة من أربعة وعشرين لان نكاحها صحيح بيقين فان صح مع الثنتين فلها ثلث الميراث ثمانية من أربعة وعشرين وان صح مع الثلاث فلها ربع الميراث ستة من أربعة وعشرين فقدر ستة يقين وما زاد على ذلك يثبت في حال دون حال فلهذا كان لها سبعة ولا يقال ستة لها في حالين بأن يصح نكاحها مع هؤلاء الثلاث أو مع الفريق الآخر فكان ينبغي أن تعتبر الحالتان في حقها لانهما حالتا حرمان الزيادة وهذا لانه لا فرق في حقها بين أن يكون صحة نكاحها مع هذا

الفريق

الفريق أومع الفريق الآخر واعتبار الاحوال لايتفاوت واذا لم يكن في حقها تفاوت في هاتين الحالتين فهما حاله واحدة ﴿قال﴾ ولهم واحد من الباقي وهو سبعة عشر بين الثلاث نصفان لان الثنتين لايدعيان أكثر من ثلثي الميراث وما بقي وهو ستة عشر بينهن اثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق ذلك ولكن هذا الجواب على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فاما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الباقي بعد نصيب الواحدة كله مقسوم بين الفرق أثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق مافرغ من حق الواحدة وقد تقدم بيان نظائره ﴿قال﴾ ولوكان طلق اثنتين من نسائه ثم مات قبل ان يبين والمسئلة بحالها كان لهن مهران ونصف لانه قد سقط بطلاق الثنتين قبل الدخول مهر واحد وقد كان الثابت لهن قبل الطلاق ثلاثة مهور ونصفا فاذا سقط مهر كان الباقي مهرين ونصفا فاما الواحدة فأكثر مايكون لها ربع ثلاثة مهور بان كان صح نكاحها مع الثلاث ووجب أربعة مهور ثم سقط مهر بالطلاق بقي ثلاثة مهور لها ربع ذلك وأقل مايكون لها ثلث مهرين بأن يكون نكاحها صح مع الثنتين فكان الواجب ثلاثة مهور وسقط مهر بالطلاق وبقي مهران فلها ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر فقدر ثلثي مهر لها بيقين وما زاد على ذلك الى تمام ثلاثة ارباع مهر وذلك نصف سدس مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لها ثلثا مهر وربع سدس مهر ومابقي يكون بين الفرق الثلاثة أثلاثا لاستواء حالهن في دعوى ذلك والميراث على ماوصفنا في المسئلة الاولى قال الحاكم رحمه الله تعالى هذا الجواب ليس بسديد في حكم المهر على مذهب ابي يوسف رحمه الله تعالى ولم يبين الجواب الصواب على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولكن بيان ذلك على مذهبه ان نقول لما كان الواجب لهن مهرين ونصفا فاما نصف مهر من ذلك تأخذه الواحدة لان الثنتين لايدعيان ذلك أصلا والثلاث انما يدعين ذلك بالواحدة فاما بدون الواحدة فلايدعين شيئا من ذلك فكانت الواحدة بذلك أولى ممن يدعي الاستحقاق بها فلهذا تأخذ الواحدة نصف مهر بقي مهران فاما نصف مهر من ذلك فالثلاث يدعين ذلك بأنفسهن والمثنى يدعيان ذلك بالواحدة والواحدة مضمومة اليهن في حال دون حال فكان سدس هذا النصف للمثنى ولكل فريق من الثلاث سدسان ونصف سدس بقي مهر ونصف استوت منازعة الفرق الثلاث فيه فكان بينهن اثلاثا فقد أصاب الثنتين مرة نصف مهر ومرة سدس النصف فذلك سبعة من اثنى عشر وأصاب كل فريق من الثلاث مرة

نصف مهر ومرة سهمان ونصف سدس من ستة من النصف الآخر فذلك ثمانية ونصف ثم الواحدة ان كان يصح نكاحها مع الثنتين فلها ثلثا مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقى الى تمام حقها سدس مهر ونكاحها مع الثنتين صحيح فى حال دون حالين فتأخذ منهما ثلث سدس مهر ثم تجئ الى كل فريق من الثلاث فان صح نكاحها مع كل فريق من الثلاث فلها ثلاثة ارباع مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقى الى تمام حقها سدس ونصف سدس فتأخذ من كل فريق ثلث ذلك فيجتمع لها ثلثا مهر وثلث سدس مهر وما بقى فى يد كل فريق مقسوم بينهم بالسوية ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل امرأة وابنتيها فى عقد متفرقة ثم مات ولا يعلم أيتهن أول فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح الواحدة وهى السابقة منهن أيتهن كانت ثم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى نصف هذا المهر الام ونصفه للبنتين بينهما نصفان وكذلك الميراث نصفه للأم ونصفه للبنتين بينهما نصفان وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر والميراث بينهن أثلاثا فطريقهما واضح فان حجة كل واحدة مثل حجة صاحبتيها على معنى أنه ان تقدم نكاحها استحقت ذلك وان تأخر فلا شئ لها والمساواة فى سبب الاستحقاق يوجب المساواة فى الاستحقاق ألا ترى أنهن لو كن امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان الميراث والمهر بينهن أثلاثا فأما أبو حنيفة رحمه الله له فى المسئلة طريقان أشار فى الكتاب الى أحدهما فقال من قبل أنه لايثبت نكاح احدى البنتين بيقين ومعنى هذا أنا تيقنا ببطلان نكاح احدى البنتين وان الأم لايزاحمها الا احدى البنتين فلهذا كان لها نصف المهر ونصف الميراث وقد استوى فى النصف الآخر حال البنتين لانه ليست احداهما بتعيين جهة البطلان فى نكاحها بأولى من الأخرى فلهذا كان بينهما نصفين وطريق آخر أن سبب بطلان النكاح فى حق الام واحد وهو المصاهرة لانه سواء تزوج الكبرى من البنتين أولا أو الصغرى فقد حرمت الام بالمصاهرة فأما السبب فى حق كل واحد من البنتين مختلف لأن فساد نكاحها مرة فى الجمع بين الاختين ومرة بالجمع بين الام والبنت واحدهما غير الآخر فوجب اعتبار البنتين فى حق كل واحدة منهما والتوزع على أسباب الحرمة فاذا كان سبب الحرمة فى حق الأم واحدا وفى حق البنتين متعددا لم يكن بينها وبين كل واحدة منهما مساواة فى الحرمان بل حالها أحسن فكان لها ضعف مالكل واحدة منهما فأما ما استشهدا به فقد قيل الكل

على الاختلاف وقد يستشهد محمد رحمه الله تعالى بالمختلف على المختلف والصحيح الفرق من قبل انه لا يقين فى بطلان نكاح واحدة بل حال الام والجدة والنافلة فى ذلك سواء وكذلك السبب المتعدد فى حرمة كل واحدة منهن باعتبار اختلاف الاسم كالام والجدة والام والخالة أوالام والبنت فلما استوى حالهن كان الواجب بينهن أثلاثا بالسوية وان متن جميعاً والزوج حي فالقول فى الاولى منهن قوله كما فى حال حياتهن القول فى بيان الاولى قوله لان الملك حقه فكذلك بعد موتهن القول في بيان الاولى قوله وان مات الزوج بعدهن قبل أن يبين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن وعليه ثلث ما سمي لكل واحدة منهن من المهر باعتبار الاحوال لان نكاح كل واحدة صحيح فى حال دون حالين فلها ثلث ما سمي لها وباعتبار صحة نكاحها له ميراث زوج منها والصحة في حال دون حالين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن ﴿ قال ﴾ فان كان تزوج البنتين فى عقدة واحدة فنكاحهما باطل لانا نتيقن ببطلان نكاحهما بسبب الجمع بين الاختين سواء تقدم أو تأخر وعند التيقن ببطلان نكاحهما نتيقن بصحة نكاح الام فهى امرأته تقدم نكاحها أو تأخر ﴿ قال ﴾ وان كان قد دخل بهن جميعا ثم مات ولا يدرى أيتهن دخل بها أولا فنقول اما لكل واحدة من البنتين الاقل مما سمى لها ومن مهر المثل لانه دخل بهما بحكم نكاح فاسد ولا ميراث لهما لفساد نكاحهما وكذلك لا ميراث للأم لان نكاحها قد بطل فى حال حياته بالدخول بالبنتين سابقا أو متأخراً لان الدخول بالبنت يحرم الام على التأبيد وأما المهر فى القياس للام مهر وربع مهر وفى الاستحسان لها مهر واحد وجه القياس ان نكاح الام صحيح بيقين فان كان دخل باحدى البنتين قبل الأم فقد حرمت الام بذلك ووجب لها نصف المهر لان الفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ثم دخل بالام بعد ذلك فيجب لها بالدخول مهر فكان لها من هذا الوجه مهر ونصف وان كان دخل بالام أولا فلها مهر واحد وهو المسمى ثم حرمت عليه بالدخول بالبنت بعد ذلك فان كان لها في وجه مهر ونصف وفي وجه مهر فلها مهر بيقين والنصف يثبت فى حال دون حال فيتنصف ولكنه استحسن فقال لها مهر واحد لانه يجعل كانه دخل بالأم أولا فان فعله محمول على الحل ما أمكن وأول فعله يمكن أن يحمل على الوطء الحلال ثم لا امكان بعد ذلك فلهذا جعلنا كأنه وطئ الأم أولا حتى يعلم غير ذلك والثاني ان المهر والنصف وجوبهما باعتبار

سببين أحدهما العقد الصحيح والآخر الوطء بالشبهة ولم يظهر السببان إنما الظاهر سبب واحد وهو العقد الصحيح فاما الوطء تصرف في الملك بعده وباعتبار العقد الصحيح لايجب الامهر واحد فلهذا كان لها مهر واحد وعلى كل واحدة منهن ثلاث حيض لدخوله بهن ولو لم يكن دخل بالأم ودخل بالبنتين أو احداهما فالام نصف المسمى لوقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج بعد صحة نكاحها ولا عدة عليها وللمدخول بها من البنتين الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة بثلاث حيض ﴿قال﴾ وان كان تزوجهن في عقد متفرقة ولم يدخل بشيء منهن حتى قال احداكن طالق فهذا الكلام لغو منه لان السابق منهن امرأته والاخريان أجنبيتان ومن جمع بين امرأته وأجنبيتين وقال احداكن طالق لم يقع شيء ﴿قال﴾ وان قال احدى نسائه طالق وقع على امرأته منهن لانه أضاف الطلاق الى امرأته فان في نكاحه امرأة واحدة ومن كان في نكاحه امرأة واحدة اذا قال احدى نسائي طالق وقع الطلاق بذلك اللفظ على امرأته بخلاف الاول فان هناك أوقع الطلاق على احدى المسميات بغير عينها وفيهن من ليست بمنكوحة له فلا تتعين امرأته لذلك الطلاق واذا وقع الطلاق على امرأته فلها نصف المهر ثم الخلاف في نصف المهر هنا كالخلاف في جميع المهر في المسئلة الاولى ولاميراث لواحدة منهن لوقوع الفرقة بالطلاق قبل الدخول ﴿قال﴾ وان كان تزوج البنتين في عقدة ثم قال احدى نسائي طالق طلقت الام بذلك لان الصحيح نكاح الام وهو بهذا اللفظ موقع الطلاق على من صح النكاح بيه وبينها فلهذا طلقت الام ولها نصف المهر ولاعدة عليها ولاميراث لها وان قال احداكن طالق لم يقع الطلاق على الام الاان ينويها لانه جمع بين امرأته واجنبيتين وأوقع الطلاق على احداهن فلا يتعين لذلك امرأته الا أن ينويها بقلبه ولو كان تزوجهن في عقدة واحدة فنكاحهن فاسد بعلة الجمع فان كان فيهن أمة جاز نكاح الامة لان نكاح الحرتين منهن باطل بيقين فان الحرتين ان كانتا ابنتين بطل نكاحهما للجمع بين الأختين وان كانتا أما وبنتا بطل نكاحهما للجمع أيضا ومتى كان نكاح الحرتين باطلا بيقين لايبطل به نكاح الأمة لان بطلان نكاح الامة بضمها الى الحرة وذلك عند صحة نكاح الحرة لاعند بطلان نكاحها ﴿قال﴾ وان كان فيهن أمتان جاز نكاح الحرة لان نكاح الأمتين باطل بيقين فانهما اما أختان أو أم وبنت واذا بطل نكاحهما كان ضمهما الى الحرة لغوا فجاز نكاح الحرة

بمنزلة مالو كانت اثنتان منهما ذواتي زوج أو في عدة من زوج ولما بطل نكاحهما صح نكاح الفارغة منهن ﴿قال﴾ وان تزوج خمس حرائر وأربع اماء في عقدة واحدة جاز نكاح الاماء وبطل نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد كان باطلا ولو انفرد نكاح الاماء كان صحيحاً فمند الجمع يصح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وبمثله لو تزوج أربع اماء وأربع حرائر في عقدة جاز نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد هنا كان صحيحا فيندفع بنكاحهن نكاح الاماء كما لو تزوج حرة وأمة في عقدة واحدة والاصل الذي تدور عليه المسائل انه متى جمع في العقدين الحرائر والاماء نظر فان كان نكاح الحرة يجوز عند الانفراد يبطل نكاح الامة لانه تحقق ضمها الى الحرة في النكاح وان كان نكاح الحرة لا يجوز عند الانفراد يصح نكاح الامة لانه لم يتحقق انضمامها الى الحرة في النكاح ألا ترى أن الحرة لو كانت ذات رحم محرم منه فجمع بينها وبين أمة في النكاح جاز نكاح الامة لانه لم يتحقق ضمها الى نكاح الحرة حين لا وجه لتصحيح نكاح الحرة ﴿قال﴾ وان تزوج حرة وأمة في عقدة واحدة واحداهما ابنت الاخرى جاز نكاح الحرة لان كل واحدة لو انفرد نكاحها هنا يصح فيتحقق ضم الامة الى الحرة فلهذا جاز نكاح الحرة دون الامة ﴿قال﴾ واذا كان للرجل أربع نسوة فتزوج خامسة ودخل بها فرق بينه وبينها لبطلان نكاحها وعليه لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة ولم يقرب الاربع حتى تنقضي عدة الخامسة لانه لو قربهن كان جامعا ماءه في رحم خمس نسوة بالنكاح ولان عدة تلك الواحدة يمنع ابتداء نكاح الاربع اذا اقترن بنكاحهن فيمنع الوطء اذا طرأ على نكاحهن كعدة الاخت لما منعت نكاح الاخت اذا اقترنت به منعت الوطء اذا طرأت عليه حتى اذا وطئ أخت امرأته بشبهة فليس له أن يطأ امرأته حتى تنقضي عدة أختها ﴿قال﴾ ولا بأس أن يتزوج الرجل أخت أم ولده لأن فراش أم الولد ضعيف ألا ترى أنه مجوز للنسب غير ملزم حتى لو نفي المولى ولده انتفي بمجرد نفيه والنكاح قوى ملزم بنفسه والضعيف لا يكون دافعا للقوى والدليل عليه أن المولى لو زوج أم ولده كان النكاح صحيحا فكما أن فراشها لضعفه لا يمنع تزويجها فكذلك لا يمنع المولى نكاح أختها اعتبارا للمنع في احد الجانبين بالمنع في الجانب الآخر وكذلك لو تزوج أخت مدبرته أو أخت أمة له قد كان يطأها وهذا أظهر فانه لا فراش لها غير أنه لا ينبغي أن يطأ التي تزوج حتى يملك فرج الامة غيره لانه لو وطأها صار جامعاً ماءه في رحم

أختين ولان الجمع بين الاختين في الاستفراش الحقيقى حرام وقد تحقق منه استفراش الاولى فلا يحل له أن يستفرش الثانية مالم يقطع حكم ذلك الاستفراش وانقطاعه بالتزويج أو البيع فى محل البيع فان لم يكن وطئ أمته ولا مدبرته فلا بأس بأن يطأ امرأته وليس له أن يطأ الامة والمدبرة بعد النكاح لان المنكوحة بالعقد صارت فراشاً فليس له أن يستفرش الامة بعد ذلك وله أن يطأ المنكوحة لانه لافراش له على المملوكة حقيقة وحكما ﴿قال﴾ ولو زوج أم ولده ثم وطئ امرأته ثم مات زوج أم الولد أو فارقها فله أن يطأ امرأته مادامت أم ولده تعتد من زوجها لان فرجها حرام عليه فى حال عدتها كما هو حرام عليه فى حال نكاحها فاذا انقضت عدتها فلا ينبغى له ان يطأ امرأته حتى يملك فرج أم الولد من غيره لان النكاح قد ارتفع بآثاره فعاد الحكم الذى كان قبله وكذلك الامة والمدبرة اذا كان وطئها قبل ان يتزوج الأخت فحكمهما وحكم أم الولد سواء ﴿قال﴾ فان أعتق أم ولده فعليها ان تعتد بثلاث حيض عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى عليها حيضة واحدة ومذهبنا مروى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ومذهبه مروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ويستوى ان أعتقها أو مات عنها الا على قول عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما فانه كان يقول لاتلبسوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم عدة أم الولد اذا مات عنها سيدها أربعة أشهر وعشراً وهذا دليلنا فانه الزمها عدة الحرائر الا انا نوجب الحيض لان هذه العدة لاتجب الا باعتبار الدخول وتوهم اشتغال الرحم فيقدر بالحيض فى الحياة والوفاة كالعدة من نكاح فاسد ووطء شبهة احتج الشافعى فقال عدتها أثر ملك اليمين فتقدر بحيضة واحدة كالاستبراء ودليل صحة اعتباره بالاستبراء أنه لايختلف بالحياة والوفاة وتأثيره ان المقصود بين فراغ الرحم لاغير وذلك يحصل بالقرء الواحد ولكنا نقول هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفى فيها بحيضة واحدة كعدة النكاح بل أولى فان عدة النكاح قد تجب على الأمة وهذه العدة لاتجب الا على الحرة وتأثيره ان الحرة كاملة الحال فالوظيفة التى لاتجب الا على الحرة تجب بصفة الكمال لان المعتبر حال وجوب العدة لاماكان قبله وبه يتبين الفرق بينه وبين الاستبراء فان الاستبراء لايجب عليها ولكن على المولى أن يستبرئها قال صلى الله عليه وسلم ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للمولى دون الأمة فان قول القائل لاتضرب فلانا خطاب للضارب دون المضروب توضيحه

أن سبب وجوب الاستبراء حدوث ملك الحل بسبب ملك اليمين ألا ترى أنه لو اشتراها من صبي أو امرأة يجب وهنا سبب وجوب العدة زوال الفراش والعدة التي تجب بزوال الفراش لا يكتفي فيها بحيضة واحدة فان تزوج المولى أختها في عدتها لم يجز عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى غير انه لا يقربها حتى تنقضي عدة أختها ولو تزوج أربعاً سواها في عدتها جاز عندنا وله ان يقربهن وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك زفر رحمه الله تعالى يقول انها معتدة فلا يتزوج أختها ولا أربعا سواها كالمعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة بل أولى لان أصل فراشه في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ما كان موجبا للحل له وأصل الفراش هنا موجب الحل ثم العدة التي هي أثر الفراش هناك تمنع نكاح الأخت والأربع فهنا أولى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا عدة أم الولد أثر فراشها وأثر الشيء لا يربو على أثر أصله في المنع فاذا كان أصل فراشها لا يمنع المولى من نكاح أختها وأربع سواها فكذلك أثر فراشها وأصل الفراش بالنكاح الصحيح أو الفاسد بعد الدخول يمنع نكاح الأخت والأربع فكذلك أثره وهذا لانه يبقى ببقاء العدة من المنع ما كان ثابتاً لا ان يثبت ما لم يكن ثابتا وهذا بخلاف تزويجها من الغير فان أصل فراشها مانع من التزويج من الغير اذا بقي حتى لو كانت حاملا ليس له ان يزوجها من غيره فكذلك أثر فراشها يمنع الا انها اذا كانت حاملا وله ان يقطع فراشها بالتزويج وليس له ان يقطع عدتها لحق الشرع والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما من وجهين (أحدهما) أن بسبب بقاء العدة يبقى الفراش حتى اذا جاءت بالولد يثبت النسب منه ولا يثبت النسب منه الا باعتبار الفراش فلو تزوج أختها صار جامعا بين الاختين في الفراش وذلك حرام واذا تزوج أربعا سواها صار جامعا بين خمس نسوة في الفراش ولكن بسببين مختلفين وذلك جائز ألا ترى أن من عنده أربع نسوة له أن يستولد من الجواري ما شاء والثاني أن فراشها بالعتق يتقوى حتى يثبت النسب بعد العتق على وجه لا يملك نفيه بخلاف ما قبل العتق وكذلك بعد العتق لا يملك تزويجها وان كان قبل العتق يجوز تزويجها فكل منع كان ثابتاً في أصل فراشها يتقوي ذلك بعتقها والمنع من استفراش الاخت كان ثابتا في أصل فراشها حتى لا يحل له أن يطأ أختها بملك اليمين ولا بملك النكاح فيتقوى ذلك المنع بالعتق فيمنع عقد النكاح أصلا ولم يكن هو في أصل فراشها

ممنوعا من استفراش الاربع بالنكاح فلو صار ممنوعا بعد العتق كان هذا اثبات منع مبتدأ لااظهار قوة فيما كان ثابتا توضيحه أن المقصود بالنكاح الوطء ولما لم يكن هو باعتبار عدتها ممنوعا من وطء الاربع بالنكاح بأن يعتقها وتحته أربع نسوة كان له أن يطأهن فكذلك لا يكون ممنوعا من العقد عليها أيضا بمنزلة المعتدة بالنكاح ﴿وقال﴾ واذا تزوج الرجل أربع نسوة في عقدة وثلاثا في عقدة ثم طلق احدى نسائه ثم مات قبل ان يبين فلهن ثلاثة مهور أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان أكثر مالهن ثلاثة مهور ونصف مهر بان صح نكاح الأربع وقد سقط بطلاق احداهن نصف مهر وأقل مالهن مهران ونصف مهر بان صح نكاح الثلاث وقد سقط نصف مهر بطلاق احداهن فقدر مهرين ونصف بيقين ومهر آخر يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهن ثلاثة مهور نصف مهر من ذلك للأربع خاصة لان الثلاث لا يدعين ذلك واستوت منازعة الفريقين في المهرين والنصف فكان بينهما نصفان لكل فريق مهر وربع والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما في استحقاقه وعند محمد رحمه الله تعالى كذلك لان الاربع ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور ونصف مهر لانه طلق احداهن قبل الدخول وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وثلاثة ارباع والثلاث ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وربع مهر ﴿وقال﴾ ولو تزوج ثلاث نسوة في عقدة فدخل بواحدة منهن ولم يدخل بالثنتين ثم طلق إحدى نسائه واحدة والاخرى ثلاثا ثم مات قبل أن يبين فللمدخول بها مهر تام لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان أكثر مايكون لهما مهر ونصف بأن يكون احد الطلاقين واقعا على المدخول بها والآخر على احداهما وأقل مالهما مهر واحد بأن يكون الطلاقان وقعا عليهما فمهر واحد لهما بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما نصفان وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للتين لم يدخل بهما مهر وثلث مهر هكذا ذكر في هذا الكتاب وفي الزيادات يقول لهما مهر وربع مهر كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولكن بطريق آخر وهو ان احداهما مطلقة بيقين فيعزلها بنصف مهر والاخرى ان وقع الطلاق عليها فلها نصف مهر وان لم يقع فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت

في

فى حال دون حال فيتنصف فكان لهما ثلاثة ارباع مهر فاذا ضممت ذلك الى نصف مهر يكون مهرا وربع مهر بينهما ووجه رواية هذا الكتاب انه لو لم يدخل بشئ منهن لكان الواجب عليه مهرين بينهن اثلاثا لكل واحدة منهن ثلثا مهر لانه قدسقط بالطلاقين مهر واحد وبان دخل باحداهن حتى لم ينتقص من مهرها شئ لم يؤثر ذلك فى حق الأخريين بل يجعل في حقهما كأنه لم يدخل بشئ منهن فيكون لهما مهر وثلث مهر بينهما نصفان لكل واحدة منهما ثلثا مهر وأما الميراث فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى للمدخول بها خمسة أسهم من اثني عشر سهما من ميراث النساء والاخريين سبعة أسهم لانه يلغى التطليقات الثلاث فان حالهن فيها على السواء على معني انه على أيتهن وقعت حرمتها بقيت التطليقة الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها ثلث ميراث النساء أربعة من اثني عشر سهما وان وقعت على أحدى اللتين لم يدخل بهما فلها نصف الميراث ستة فمقدار أربعة لها بيقين وما زاد على ذلك وهو سهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهاخمسة من اثني عشر والباقى للتين لم يدخل بهما وان وقع الطلاق على احدى اللتين لم يدخل بهما فلهما نصف الميراث وان وقع على المدخول بها فلهما ثلثا الميراث فمقدار ستة لهما بيقين وسهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهما سبعة وذكر فى بعض نسخ هذا الكتاب ان قول محمد رحمه الله تعالى في الميراث كقول أبى يوسف رحمه الله تعالى وفى بعض النسخ قال عنده للمدخول بها خمسة أثمان ميراث النساء وللتين لم يدخل بهما ثلاثة أثمان ميراث النساء ووجه ذلك ان احدى اللتين لم يدخل بهما مطلقة محرومة عن الميراث بيقين فعزلها للحرمان وان كانت معزولة بوقوع الواحدة عليها بقي الثلاث على أيتهما وقعت حرمتها فيكون الميراث فى هذه الحالة نصفين نصفه للتى دخل بها ونصفه للتين لم يدخل بهما وان كانت المعزولة للحرمان معزولة بوقوع الثلاث عليها فان وقعت الواحدة على غير المدخول بها فالميراث كله للمدخول بها وان وقعت على المدخول بها فالميراث بينهما نصفان فيثبت للمدخول بها في هذه الحالة ثلاثة ارباع الميراث ستة من ثمانية باعتبار ان لها النصف في حال والكل فى حال وقد كان لها في الحالة الاولى أربعة فأربعة لها بيقين ومازاد على ذلك الى تمام ستة يثبت فى حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لها خمسة من ثمانية وما بقى للتين لم يدخل بهما أو لان لهما في الحالة الثانية الربع وفى الحالة الاولى النصف فيتنصف الربع باعتبار الاحوال

فلهذا كان لها ثلاثة أثمان الميراث وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ووجه ذلك أن احدى اللتين لم يدخل بهما محرومة عن الميراث فيعزلها بايقاع الثلاث عليها لانا نتيقن أن ايقاع الثلاث موجب حرمان الميراث ولا يتيقن بذلك في الواحدة فجعلنا المعزولة للحرمان كان الثلاث وقعت عليها بقيت الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها نصف الميراث وان وقعت على غير المدخول بها فللمدخول بها جميع الميراث فكان لها باعتبار الاحوال ثلاثة أرباع الميراث والباقي وهو ربع الميراث للتين لم يدخل بهما ولو كان دخل باثنتين منهن والمسئلة بحالها فلكل واحدة من اللتين دخل بهما مهر كامل لتأكد مهرهما بالدخول بالنكاح الصحيح وللتي لم يدخل بها ثلاثة أرباع المهر فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فانها ان كانت مطلقة فلها نصف مهر وان لم يقع عليها شئ فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت في حال دون حال فيتنصف قال وكذلك الجواب عند محمد رحمه الله تعالى وينبغى على قول محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثلثا مهر بالطريق الذى قلنا أنه لو لم يدخل بشئ منهن كان لكل واحدة منهن ثلثا مهر فيجعل فى حق التى لم يدخل بها كأنه لم يدخل بشئ منهن لان الدخول بغيرها لا يزيد فى حقها سببا فأما الميراث فعلى قول أبي يوسف للتى لم يدخل بها سدس الميراث لانه ان لم يقع عليها شئ فلها ثلث الميراث وان وقع عليها الطلاق فلا شئ لها فلها سدس الميراث به علل محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب وهو غلط فانه ان لم يقع عليها شئ كان لها نصف الميراث لانه لايزاحمها فى الميراث الا واحدة فان من وقع عليها الطلاق الثلاث من المدخولتين محرومة عن الميراث ولكن الطريق في التخريج أن التي لم يدخل بها لها ثلاثة أحوال ان وقع عليها واحدة فلا شئ لها وان وقع عليها الثلاث فلا شئ لها وان لم يقع عليها شئ فلها نصف الميراث فلها حالتا حرمان وحالة اصابة فلهذا جعل لها ثلث النصف وهو السدس قال وكذلك الجواب فى الميراث عند محمد رحمه الله تعالى قال الحاكم رحمه الله وليس ذلك بسديد بل الصواب عند محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثمن الميراث وهكذا ذكر فى بعض الروايات لان احدى المدخولتين وارثة فيعزلها للاستحقاق فان كانت معزولة بأن لم يقع عليها شئ فلا شئ للتى لم يدخل بها فى هذه الحالة لان احد الطلاقين وقع عليها لا محالة وان كانت المعزولة للاستحقاق معزولة بوقوع الواحدة عليها فان وقع الثلاث على الأخرى فللتى لم يدخل بها نصف الميراث وان وقع الثلاث على التى لم

يدخل بها فلا شئ لها من الميراث فاذا كان لها النصف في حالة وفي حالة لاشئ لها كا
الربع ثم هـذا الربع لها فى هـذه الحالة ولا شئ لها فى الحالة الاولى فلها نصف الربع و
الثمن والباقى للتين دخل بهما ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأتين في عقدة وثلاثا فى عقـدة ثم
قد دخلت باحد الفريقين ثم مات قبل أن يبين فللثنتين مهر واحد وللثلاث مهر ونصف ا
الثلاث ان صح نكاحهن بالسبق وقد دخـل بهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصـح فلا
لهن فلهن مهر ونصف مهر والثنتان ان صح نكاحهما فان دخل بهما فلهما مهران وا
يصح فلا شئ لهما فلهما مهر واحد والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما فيه و
هـذه المسئلة أنه جعل اقراره بالدخول باحد الفريقين اقرارا بالدخول بمن صح نكا
حملا لفعله وقوله على الصحة فان دينه وعقله يدعوانه الى الاقدام على الوطء الحلال وعن
من الاقدام على الوطء الحرام وكذلك لو طلق احدى نسائه ثلاثا لان الايقاع بهذا اللـ
يتناول من صح نكاحها فان من لم يصح نكاحها ليست من نسائه وايقاع الثلاث بـ
الدخول لا يسقط شيئا من الصداق فكان هذا والاول سواء وان لم يدخل بشئ منهـ
وطلق احدى نسائه ثلاثا فللثلاث مهر وربع مهر لانه ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصـ
مهر فانه قد طلق احداهن قبل الدخول وذلك يسقط نصف مهر وان لم يصح نكاحهن
شئ لهن فلهذا كان لهن مهر وربع مهر والاثنتين ثلاثة أرباع مهر لانه ان صح نكا
فلهما مهر ونصف مهر لوقوع الطلاق على احداهما قبل الدخول وان لم يصح نكاحهما
شئ لهما فكان لهما ثلاثة أرباع مهر بينهما نصفان ﴿قال﴾ ولو تزوج ثلاث نسوة فدخـ
باحداهن ولا تعرف بعينها ثم طلق احدى نسائه ثلاثا والاخرى واحدة ثم مات قبـل
يبين فلهن مهران وربع مهـر لانه ان أوقـع احـد الطلاقين على المدخول بها فلهن مهـ
ونصف مهر وان أوقع الطلاقين على اللتين لم يدخل بهـما فلهن مهران لسقوط مهر با
الطلاقين على غير المدخولتين فقـدر المهرين لهن بيقين ونصف مهر يثبت في حال د
حال فيتنصف فلهذا كان لهن مهران وربع مهر بينهن أثلاثا لان المدخوله منهن غير مـ
فحالهن فى استحقاق ذلك سواء والميراث بينهن اثلاثا لهـذا المعنى وعلى كل واحـدة مـ
عـدة المتوفى عنها زوجها تستكـمـل في ذلك ثلاث حيض لان كل واحـدة منهن يـ
ان تكون هى التي دخل بها ثم أوقع الثلاث عليها فيلزمها العدة بالحيض أو لم يقـع عليها.

عدتها عدة وفاة والعدة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا كان على كل واحدة منهن عدة الطلاق والوفاة جميعا فان عرفت المدخول بها فلها المهر كاملا لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر فى قول أبي يوسف وفى قول محمد رحمه الله تعالى لهما مهر وثلث مهر وقد بينا تخريج القولين وبنا حكم تخريج الميراث أيضاً على القولين وان عرفت المدخول بها وقد أوقع تطليقة ثانية على احداهن فالميراث بينهن اثلاثا لان حالهن في استحقاق الميراث سواء فان الطلقة الثانية على ايتهن وقعت حرمتها المدخول بها وغير المدخول بها سواء فى ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوج العبد امرأتين فى عقدة وثلاثا في عقدة ثم مات فنكاح الثلاث باطل لان العبد لا يتزوج أكثر من اثنتين فقد تيقنا ببطلان نكاح الثلاث تقدم نكاحهن أو تأخر ونكاح الاثنتين صحيح تقدم أو تأخر فان كانت احدى الثلاث أمة فنكاح الامة فاسد لانضمام نكاحها الى نكاح الحرة ولا مهر لها لبطلان عقدها وللحرتين اللتين معها مهر واحد لانه ان سبق نكاحهما فلهما مهران وان تأخر نكاحهما فلاشئ لهما وللاخريين مهر واحد أيضاً لهذا المعنى وان كان المولى قد أعتق العبد ثم مات العبد فالميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالها في استحقاق الميراث ويستوى ان كان تزوج العبد باذن مولاه أو بغير اذن مولاه لان عقده بغير اذن المولى يتم بالعتق فان المانع حق المولى وقد زال ذلك بالعتق ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين فى عقدة فنكاحهما باطل وقد بينا هذه المسئلة وقول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول فيها أن نكاح احداهما بغير عينها صحيح والبيان الى الزوج ولو كان امره ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه واخرى في عقدة جاز نكاح التى أمره بها لانه في العقد عليها ممتثل لأمر الزوج وفي العقد على الأخرى مبتدئ غير ممتثل لأمر سبق من الزوج فينفذ عقده على التى امتثل بها أمر الزوج في العقد عليها ويتوقف فى الاخرى على اجازة الزوج والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب النفقة ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اعلم بأن نفقة الغير تجب بأسباب منها الزوجية ومنها الملك ومنها النسب وهذا الباب لبيان نفقة الزوجات والاصل فيه قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن

وكسوتهن بالمعروف وقال الله تعالى وبما أنفقوا من أموالهم وقال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم معناه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً وأن لا يأذنّ في بيوتكم لأحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف وقال صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال أبي سفيان رضي الله عنه مايكفيك وولدك بالمعروف ولأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه في ماله كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم والقاضي لما فرغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم اذا عرفنا هذا فنقول طريق ايصال النفقة اليها شيئان التمكين أو التمليك حتى اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة فان لم يكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة فرض لها عليه من النفقة كل شهر مايكفيها بالمعروف لأن النفقة مشروعة للكفاية فانما يفرض بمقدار مايعلم أنه تقع به الكفاية ويعتبر المعروف في ذلك وهو فوق التقتير ودون الاسراف لانه مأمور بالنظر من الجانبين وذلك في المعروف وكذلك يفرض لها من الكسوة مايصلح لها للشتاء والصيف فان بقاء النفس بهما وكما لا تبقى النفس بدون المأكول عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة والحاجة الى ذلك تختلف باختلاف الاوقات والامكنة فيعتبر المعروف في ذلك فان كان لها خدم فرض القاضي لخادم واحد لان الزوج محتاج الى القيام بحوائجها وأقرب ذلك اصلاح الطعام لها وخادمها ينوب عنه في ذلك فيلزمه نفقة خادمها بالمعروف ولا تبلغ نفقة خادمها نفقتها حتى قالوا يفرض لخادمها أدنى مايفرض لها على الزوج المعسر ولا يفرض الا لخادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يفرض لخادمين لانها قد تحتاج اليهما ليقوم احدهما بامور داخل البيت والآخر يأتيها من خارج البيت بما تحتاج اليه وهما قالا حاجتها ترتفع بالخادم الواحد عادة وما زاد على الواحد فللتجمل والزينة ووجوب النفقة على الزوج للكفاية فكما لا يزيدها على قدر الكفاية في نفقتها فكذلك في نفقة خادمها ولو فرض لخادمين لفرض لأكثر من ذلك فيؤدي الا مالا

بناهي ثم في ظاهر الرواية المعتبر فى ذلك حال الزوج فى اليسار والاعسار فى ذلك قال الله تعالى على الوسع قدره وعلى المقتر قدره وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الآية بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة على الرجال بحسب حالهم وذكر الخصاف رحمه الله تعالى فى كتابه ان المعتبر حالهما جميعا حتى اذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين وان كانت هى معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ماتستوجب اذا كانت موسرة لان الظاهر ان دون ذلك يكفيها وان كانت موسرة والزوج معسراً تستوجب عليه فوق ماتستوجب اذا كانت معسرة لحصول كفايتها بذلك وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله ثم ليس فى النفقة تقدير عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يقدر كل يوم بمدين على الموسر وبمد ونصف على وسط الحال وبمد علي المعسر وهذا ليس بقوى فان المقصود الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم من الشباب والهرم وبختلف باختلاف الاوقات أيضاً في التقدير بمقدار اضرار بأحدهما والذى قال في الكتاب ان كان معسراً فرض لها من النفقة كل شهر أربعة دراهم أو خمسة ولخادمها عليه ثلاثة دراهم أو أقل من ذلك أو أكثر فليس هذا بتقدير لازم لان هذا يختلف باختلاف الاسعار فى الغلاء والرخص واختلاف المواضع واختلاف الاوقات فلامعتبر بالتقدير بالدراهم في ذلك وانما ذكر هذا بناء على ماشاهد فى ذلك الوقت والذى يحق على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض لها فى كل وقت ومكان وكما يفرض لها من قدر الكفاية من الطعام فكذلك من الادام لان الخبز لا يتناول الامأدوما عادة وجاء فى تأويل قوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم ان أعلى مايطعم الرجل أهله الخبز واللحم وأوسط ما يطعم الرجل اهله الخبز والزيت وأدنى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللبن وأما الدهن فلأنه لا يستغنى عنه خصوصاً فى ديار الحر فهو من أصل الحوائج كالخبز ﴿قال﴾ فان لم يكن لها خادم لم تفرض نفقة الخادم عليه وعن زفر رحمه الله تعالى أنه يفرض لخادم واحد لان على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها فاذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم ثم تقوم هي بذلك بنفسها أو تتخذ خادما فاما فى ظاهر الرواية استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا تستوجب نفقة الخادم كالغازى اذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس وان أظهر غنا الفارس فى القتال ﴿قال﴾ والكسوة على المعسر فى

الشتاء درع وملحفة زطية وخمار سابوري وكساء كأرخص ما يكون كفايتها مما بد فيها وخادمها قميص كرابيس وازار وكساء كأرخص ما يكون وللخادم فى الصيف قميص مثل ذلك وازار وللمرأة درع وملحفة وخمار وان كان موسراً فالنفقة عليه للمرأة ثمانية دراهم أو تسعة ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة والكسوة للمرأة فى الشتاء درع يهودي أو هروى وملحفة دينوريه وخمار ابريسم وكساء اذربيجانى ولخادمها قميص زطى وازار كرابيس وكساء رخيص وفي الصيف للمرأة درع سابورى وملحفة كتان وخمار ابريسم ولخادمها قميص مثل ذلك وازار والحاصل ان ما ذكر من التقدير بالدراهم لا معتبر به لما قلنا وماذكر من الثياب فهو بناء على عادتهم أيضاً وذلك يختلف باختلاف الامكنة فى شدة الحر والبرد وباختلاف العادات فيما يلبسه الناس فى كل وقت فيعتبر المعروف من ذلك فيما يفرض ولم يذكر فى كسوة المرأة الازار والخف فى شئ من المواضع وذكر الازار فى كسوة الخادم ولم يذكر الخف فان كانت تخرج للحوائج فلها الخف أو المكعب بحسب مايكفيها فاما المرأة فمأمورة بالقرار فى البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لاتستوجب الازار لانها مأمورة بان تكون مهيأة نفسها لبساط الزوج فليس على الزوج ان يتخذلها مايحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار فى كسوتها ثم النفقة للكفاية فى كل يوم فاما الكسوة فانما تفرض فى السنة مرتين فى كل ستة أشهر مرة فان فعل ذلك لم يجدد لها الكسوة حتى يبلغ ذلك الوقت الا أن تكون لبست لبسا معتاداً فتخرق قبل مجيء ذلك الوقت فحينئذ تبين ان ذلك لم يكن يكفيها فتجدد لها الكسوة ولكن ان أخذت الكسوة ورمت بها حتى جاء الوقت وقد بقيت تلك الكسوة عندها يفرض لها كسوة أخرى لانها لولبست لتخرق ذلك فبأن لم تلبس لا يسقط حقها ويجعل تجدد الوقت كتجدد الحاجة وهذا بخلاف كسوة الاقارب فالمعتبر هناك حقيقة الحاجة واذا بقيت تلك الكسوة فلا حاجة وهنا لامعتبر بحقيقة الحاجة فانها وان كانت صاحبة ثياب تستوجب كسوتها على الزوج فلهذا فرقنا بينهما ﴿قال﴾ وان كان الرجل من أهل الغني المشهورين بذلك فلامرأته خمسة عشر درهما كل شهر ولخادمها خمسة ولها من الكسوة فى الشتاء درع يهودي وملحفة هروى وجبة فرو أو درع خز وخمار ابريسم ولخادمها قميص يهودي وازار وجبة وكساء وخفين ثم قال محمد رحمه الله تعالى لاينبغى أن توقت النفقة على الدراهم لان السعر يغلو ويرخص لكن تجعل النفقة على الكفاية

فى كل زمان فينظر الى قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهراً شهراً وقد بينا هذا الفصل والذى قال تفرض شهراً شهراً انما بناه على عادتهم أيضا وبعض المتأخرين من مشايخنا يعتبر فى ذلك حال الرجل أيضا فان كان محترفا تفرض عليه النفقة يوما يوما لانه يتعذر عليه أداء النفقة شهراً دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض الاداء شهراً شهراً وان كان من الدهاقين تفرض عليه النفقة سنة سنة لان تيسر الاداء عليه عند ادراك الغلات فى كل سنة وتيسر الاداء على التاجر عند اتخاذ أجر غلات الحوانيت وغيرها فى كل شهر وتيسر الاداء على المحترف بالاكتساب فى كل يوم ولا يؤخذ من الزوج كفيل بشئ من النفقة أما نفقة المستقبل فلم تجب بعد والانسان لايجبر على اعطاء الكفيل مالم يجب عليه وأما الماضى فلانه بمنزلة سائر الديون يؤمر بقضائها ولا يجبر على اعطاء الكفيل ولوخاصمته امرأته فى نفقة مامضى من الزمان قبل ان يفرض القاضى عليه لها النفقة لم يكن لها شئ من ذلك عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يقضى لها بمالم تستوف من النفقة الماضية وأصل المسئلة أن النفقة لاتصير دينا الا بقضاء القاضى أو التراضى عندنا وعند الشافعى تصير ديناً لان وجوبها بالعقد فلا تحتاج الى القضاء أو الى الرضاء فى صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر ولان وجوب النفقة باعتبار قيام الزوج عليها بعد العقد وقد تقرر ذلك فيصير ديناً بدون القضاء كالأجرة يصير ديناً باستيفاء المنفعة بعد العقد وحجتنا فى ذلك ان النفقة صلة والصلات لاتتأكد بنفس العقد مالم ينضم اليها مايؤكدها كالهبة والصدقة من حيث انها لاتتم الا بالقبض وبيان الوصف ان النفقة ليست بعوض عن البضع فان المهر عوض عن البضع ولاتستوجب عوضين عن شئ واحد بعقد واحد ولان ما يكون عوضاً عن البضع يجب جملة لان ملك البضع يحصل للزوج جملة ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها لان ذلك تصرف منه فى ملكه فلا يوجب عليه عوضا فعرفنا ان طريقه طريق الصلة وتأكدها اما بالقضاء أو التراضى ولان هذه نفقة مشروعة للكفاية فلا تصير دينا بدون القضاء كنفقة الوالدين والمولودين لاتصير دينا بمجرد مضى الزمان فكذا هنا وكذلك لو استدانت عليه قبل قضاء القاضى أو التراضى لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وانما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون فى ذمتها وانفاقها مما استدانت كانفاقها من سائر أملاكها فلا ترجع بشئ من ذلك على الزوج الا ان يكون القاضى فرض لها عليه نفقة كل شهر اوصالحته على نفقة كل شهر ثم

غاب أو حبس للنفقة عليها فاستدانت عليه أو لم تستدن أخذته بنفقة ما مضى لان حقها تأكد بقضاء القاضي أو بالصلح عن تراض فان ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الالزام وذكر عن شريح قال أيما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فانما استدانت على نفسها وانما أراد به اذا لم يفرض القاضي لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما اذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج لان للقاضي عليه ولاية فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه ﴿ قال ﴾ وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أجيز الفرض عليه اذا كان غائبا لان الفرض عليه اذا كان غائبا الزام وليس للقاضي ولاية الالزام على الغائب وان كان لها منه ولد فطلبت أن يفرض للولد معها نفقة فرض عليه للصغار والنساء والرجال الزمنى فأما الذين لا زمانة بهم من الرجال فلا نفقة لهم عليه بل يؤمرون بالاكتساب والانفاق على أنفسهم فأما من كان زمنا منهم فهو عاجز عن الاكتساب والنساء عجز ظاهر عن الاكتساب وفي أمرها بالاكتساب فتنة فان المرأة اذا امرت بالاكتساب اكتسبت بفرجها فاذا لم يكن لها زوج فهي بمنزلة الصغيرة ونفقتها في صغرها على الوالد لحاجتها فكذلك بعد بلوغها ما لم تتزوج لان بلوغها يزداد الحاجة والاصل في ذلك ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولان مؤنة الرضاع على الوالد بالنص قال الله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن الى قوله وان تعاسرتم فسترضع له أخرى وذلك حاجة الولد ما دام رضيعا فيكون هذا دليلا على أن كفاية الولد على الوالد ما بقيت حاجته ثم يدفع نفقة الكبار من الولد اليهم لان النفقة حقهم ولهم أهلية استيفاء حقوقهم ولا ولاية لاحد عليهم ويدفع نفقة الصغار الى المرأة لان الصغير في حجرها وهي التي تصلح له طعامه فيدفع نفقته اليها ثم بين نفقة الصغير على المعسر بالدراهم وكسوته بالثياب وهذا نظير ما ذكرنا في نفقة الزوجة ان المعتبر ما تقع به الكفاية وهذا أظهر هنا فان الحاجة تختلف باختلاف سن الصغير فلا معرفة بالتقدير اللازم فيه ولكنه ان كان موسرا امر بأن يوسع عليه في النفقة والكسوة على حسب ما يرى الحاكم فيه ويعتبر فيه المعروف في ذلك كما يعتبر في نفقة الزوجة ﴿ قال ﴾ واذا صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها فلها ان ترجع عن ذلك وتطالب بالكفاية لان النفقة انما تجب شيئا فشيئا فرضاها بدون الكفاية اسقاط منها لحقها قبل

الوجوب وذلك لايجوز ألا ترى أنها لو ابرأته عن النفقة لم تسقط بذلك نفقتها وهذا بخلاف الاجرة فان الابراء عن بعض الاجرة بعد العقد قبل استيفاء المنفعة يجوز بلا خلاف لان سبب الوجوب هنا وهو العقد موجود فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب في صحة الاسقاط وهناك السبب ليس هو العقد ولكن تفريغها نفسها لخدمة الزوج وذلك يتجدد حالا فحالا فاسقاطها قبل وجود السبب باطل توضيحه ان النفقة مشروعة للكفاية وفي التراضي على مالا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلا وكذلك ان كان القاضي قضى بذلك لانه تبين أنه أخطأ في قضائه حين قضى بما لايكفيها فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها ﴿ قال ﴾ واذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر فخاصمته فعليه نفقة الموسرين لما بينا ان النفقة تجب شيئا فشيئا فيعتبر حاله في كل وقت فكما لايستأنف القضاء بنفقة المعسر بعد اليسار فكذلك لايستديم ذلك القضاء وقد كان القضاء عليه بنفقة المعسر لعذر العسرة فاذا زال العذر بطل ذلك كمن شرع في صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر كان عليه التكفير بالمال ﴿ قال ﴾ واذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أبت ان تحول معه الى منزله أو الى حيث يريد من البلدان وقد أوفاها مهرها فلا نفقة لها لانها ناشزة ولا نفقة للناشزة فان الله تعالى أمر في حق الناشزة بمنع حظها في الصحبة بقوله تعالى واهجروهن في المضاجع فذلك دليل على انه تمنع كفايتها في النفقة بطريق الأولى لان الحظ في الصحبة لهما وفي النفقة لها خاصة ولانها انما تستوجب النفقة بتسليمها نفسها الى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه فاذا امتنعت من ذلك صارت ظالمة وقد فوتت ما كان يجب النفقة لها باعتباره فلا نفقة لها وقيل لشريح رحمه الله تعالى هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم قال جراب من تراب معناه لانفقة لها وان كان لم يوفها مهرها فابت عليه ذلك حتى يوفيها فلها النفقة لانها حبست نفسها بحق فلا تكون مفوتة مابه تستوجب النفقة حكما بل الزوج هو المفوت بمنعها حقها ولان النفقة حقها والمهر حقها فمطالبتها باحد الحقين لايسقط حقها الآخر وكذلك لولم يدخل بها في ظاهر الرواية الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انها قبل الدخول اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها فلا نفقة لها وكأنه على هذه الرواية اعتبر لوجوب النفقة انتقالها الى بيت الزوج فاذا لم يوجد لاتستوجب النفقة ابتداء فاما بعد ما انتقلت الى بيته ووجبت لها النفقة فلا يسقط ذلك الا بمنعها نفسها بغير

حق وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت زوجها الا ترى ان الزوج لولم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة فكذلك اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان رجعت الناشزة الى بيت الزوج فنفقتها عليه لان المسقط لنفقتها نشوزها وقد زال ذلك والاصل فيه قوله تعالى فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴿ قال ﴾ ولا نفقة للصغيرة التي لايجامع مثلها عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها النفقة لانها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر وهذا لان الوجوب لحاجتها والصغيرة محتاجة الى ذلك كالكبيرة ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير فكذلك بسبب النكاح وحجتنا في ذلك أنها غير مسلمة نفسها الى زوجها في منزله فلا تستوجب النفقة عليه كالناشزة وهذا لأن الصغيرة جدا لاتنتقل الى بيت الزوج بل تنقل اليه ولا تنقل اليه للقرار في بيته أيضاً فتكون كالمكرهة اذا حملت الى بيت الزوج ولان نفقتها عليه باعتبار تفريغها نفسها لمصالحه فاذا كانت لاتصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج بخلاف المملوكة فان نفقتها لاجل الملك فقط وذلك لايختلف بالصغر والكبر وان كانت قد بلغت مبلغا يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيراً كان زوجها أو كبيراً لانها مسلمة نفسها في منزله مفرغة نفسها لحاجته وانما الزوج هو الممتنع من الاستيفاء لمعنى فيه فلا يسقط به حقها في النفقة وان كان الزوج صغيراً لا مال له لم يؤخذ الاب بنفقة زوجته الا أن يكون ضمنها لأن استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر فكما لايؤخذ أبوه بشئ من المهر اذا لم يضمن ذلك فكذلك لايؤخذ بالنفقة ﴿ قال ﴾ وكل امرأة قضى لها بالنفقة على زوجها وهو صغير أو كبير معسر لايقدر على شئ فانها تؤمر بأن تستدين ثم ترجع عليه ولايحبسه القاضى اذا علم بعجزه وعسرته لان الحبس انما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجرا له عن الظلم وقد ظهر هنا عذره لاظلمه فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة فاذا استدانت بأمر القاضى كان كاستدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك اذا أيسر وان كان القاضي لايعلم من الزوج عسره فسألت المرأة حبسه بالنفقة لم يحبسه القاضي في أول مرة لان الحبس عقوبة لا يستوجبها الا الظالم ولم يظهر حيفه وظلمه في أول مرة فلا يحبسه ولكن يأمره بأن ينفق عليها ويخبره أنه يحبسه ان لم يفعل فان عادت اليه مرتين أو ثلاثا حبسه

لظهور ظلمه بالامتناع من ايفاء ما هو مستحق عليه واذا علم أنه محتاج خلى سبيله لانه مستحق للنظرة الى ميسرة بالنص وليس بظالم في الامتناع من الايفاء مع العجز (قال) وينبغي للقاضي اذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة في نفقة أو دين أن يسأل عنه وفي بعض المواضع ذكر أربعة أشهر وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قدر ذلك بستة أشهر وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان أدنى المدة فيه شهر والحاصل أنه ليس فيه تقدير لازم لان الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه الى القاضي حتى اذا وقع في أكبر رأيه أنه يضجر بهذه المدة ويظهر مالا ان كان له أن يسأل عن حاله بعد ذلك وذكر هشام في نوادره عن محمد رحمه الله تعالى ان له أن يسأل عن حاله بعد ما حبسه ولم يقدر في ذلك مدة فاذا سأل عنه فاخبر أنه معسر خلى سبيله لان ما صار معلوما بخبر العدول فهو بمنزلة الثابت باقرار الخصم ولا يحول بين الطالب وبين ملازمته عندنا وكان اسماعيل بن حماد رحمه الله تعالى يقول ليس للطالب أن يلازمه وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى لانه منظر بانظار الله تعالى فهو بمنزلة ما لو أجله الخصم أو أبرأه منه فكما لا يلازمه هناك فكذلك لا يلازمه هنا وانا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من أعرابي تمراً بتمر مؤجل فلما حل الاجل طالبه الاعرابي فقال ليس عندنا شئ فقال الاعرابي واغدراه فهم به الصحابة رضوان الله عليهم فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فان لصاحب الحق اليد واللسان والمراد باللسان التقاضي وباليد الملازمة ولان قضاء الدين مستحق على المديون من كسبه وماله فكما أنه اذا كان له مال كان للطالب أن يطالبه بقضاء الدين منه فكذلك اذا كان له كسب كان له ان يطالبه بقضاء الدين من كسبه وذلك انما يتحقق بالملازمة حتى اذا فضل من كسبه شئ عن نفقته أخذه بدينه ولسنا نعني بهذه الملازمة ان يقعده في موضع فان ذلك حبس ولكن لا يمنعه من التصرف بل يدور معه حيثما دار وان كان غنيا لم يخرجه من السجن أبداً حتى يؤدي النفقة والدين لقوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته ولانه حال بين صاحب الحق وبين حقه مع قدرته على ايفائه فيجازى بمثله وذلك بالحيلولة بينه وبين نفسه وتصرفه حتى يوفي ما عليه وان كان له مال حاضر أخذ القاضي الدراهم والدنانير من ماله وأدى منها النفقة والدين لان صاحب الحق اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه فللقاضي ان يعينه على

ذلك أيضاً وكذلك اذا ظفر بطعامه في النفقة لانه عين ماعليه من الحق والمرأة تمكن من أخذه اذا قدرت عليه فيعينها القاضي على ذلك ولا يبيع القاضي عروضه في النفقة والدين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيع ذلك كله وهو بناء على مسئلة الحجر فان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القاضي لايحجر على المديون بسبب الدين وبيع المال عليه نوع حجر فلا يفعله القاضي وعندهما القاضي يحجر عليه بسبب الدين فيبيع عليه ماله واستدلا في ذلك بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ رضي الله عنه وباع عليه ماله وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص وقال عمر رضي الله عنه في خطبته أيها الناس إياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب وان أسيفع جهينة قد رضي من دينه وامانته ان يقال له قد سبق الحاج فادان معرضاً أصبح وقد رين به الا انى بائع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليغد والمعنى فيه أن قضاء الدين مستحق عليه بدليل أنه يحبس لاجله فاذا امتنع من ذلك وهو مما تجرى النيابة فيه ناب القاضي منابه كالتفريق بين العنين وامرأته وبالاتفاق يبادل أحد النقدين بالآخر بهذا الطريق فكذلك يبيع العروض ولابي حنيفة ماروى أن رجلا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين آخر فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له وأدى ضمان نصيب شريكه ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان علم بيساره حين ألزمه ضمان العتق ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك جائزاً لاشتغل به لان فيه نظرا من الجانبين والمعنى فيه أن المستحق عليه قضاء الدين ولقضاء الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضاء الدين ألا ترى أنه لا تزوج المديونة لتقضي الدين من صداقها ولا يؤاجر المديون ليقضي الدين من أجرته لانه تعين قضاء الدين عليه فكذلك لايبيع ماله لانه تعين طريق قضاء الدين عليه ومبادلة أحد النقدين بالآخر لايفعله في القياس أيضاً ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد فان المقصود منهما واحد فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق وذلك متعين عليه لصاحب الحق لان له أن يأخذ جنس حقه فكذلك للقاضي أن يعينه عليه وأما حديث معاذ رضي الله تعالى عنه فانما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله برضاه وسؤاله لانه لم يكن في ماله وفاء بديونه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله

صلى الله عليه وسلم ماله فيصير فيه وفاء بدينه والمشهور من حديث عمر رضى الله تعالى عنه انى قاسم ماله بين غرمائه فانما يحمل ذلك على أن ماله كان من النقود والدليل عليه أن عندهما ليس للقاضى أن يبيع المال الا بطلب من الخصم ولم يكن منهم طلب فعرفنا أنه كان ذلك من جنس الحق أو كان فيه نوع مصلحة رآها لاسيفع جهينة ﴿قال﴾ واذا كان لرجل نسوة فرضت النفقة لهن عليه بحسب الكفاية على ماقلنا فان كانت احداهن كتابية أو أمة قد بوأها مولاها معه بيتا فرض عليه لكل واحدة منهن مايكفيها ولا تزاد الحرة المسلمة على الامة والذمية شيئا لان النفقة مشروعة للكفاية وهذا لايختلف باختلاف الدين ولاباختلاف الحال في الرق والحرية فان فرض ذلك وهو معسر وعلم القاضى ذلك منه أمرهن بالاستدانة عليه ففي هذا يعتدل النظر من الجانبين وان كان الزوج غائبا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يأمرهن بالاستدانة عليه اذا كان يعلم النكاح بينه وبينهن وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفعل ذلك عند حضرته ثم رجع فقال لا يأمر بذلك وهو قولهما لان فيه قضاء على الغائب وليس له ذلك وان أمرهن بالاستدانة فلم يجدن ذلك لم يفرق بينه وبينهن ولم يجبره على طلاقهن عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يفرق بينه وبينهن اذا طلبن ذلك لقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والمعروف فى الامساك أن يوفيها حقها من المهر والنفقة فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان وهو المعنى فى ذلك فان المستحق عليه أحد الشيئين فاذا تعذر احدهما تعين الآخر ألا ترى أنه اذا عجز عن الوصول اليها بسبب الجب والعنة فرق بينهما لفوات الامساك بالمعروف بل أولى لان حاجتها الى النفقة أظهر من حاجتها الى قضاء الشهوة ولكن لما تعين التفريق لايصالها الى حقها من جهة غيره فرق القاضى بينهما فكذلك هنا تعين التفريق لايصالها الى حقها من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة عليه فان التفريق ليس بطريق لايصالها الى ذلك الحق من جهة غيره فاما نفقة الوقت تصل اليها بعد التفريق من جهة زوج آخر وقاس بنفقة العبد والامة فانه يستحق عليه بسبب الملك فاذا تعذر عليه أجبره القاضى على ازالة الملك بالبيع فهنا كذلك واستدل بحديث عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كتبا الى أمراء الاجناد ان مروا من قبلكم أن يبعثوا بنفقة أهليكم أو بطلاقهن وقيل لسعيد بن المسيب رضى الله عنه أنفرق بين العاجز عن النفقة وبين امرأته فقال نعم فقيل له انه سنة فقال نعم والسنة

اذا أطلقت يفهم منها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فهذا تنصيص على ان المعسر منظر ولو أجلته فى ذلك لم يكن لها ان تطالب بالفرقة فكذلك اذا استحق النظرة شرعا الا ان المستحق بالنص التأخير فلا يلحق به مايكون ابطالا لان ذلك فوق المنصوص وفي حق المملوك يكون ابطالا لانه لا يثبت للملوك على مولاه دين فاما في حق الزوجية يكون تأخيراً لا ابطالا وبهذا يتبين أنه غير عاجز عن معروف يليق بحاله وهو الالتزام فى الذمة فان المعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهو الالتزام فى الذمة مع أن التسريح طلاق وعند الشافعى المستحق هنا هو الفسخ بسبب العيب حتى اذا فرق بينهما لم يكن طلاقاً وبه نجيب عن حديث عمر وعلى رضى الله عنهما مع أنهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة فان نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والامام هو الذى يوصل ذلك اليهم ولكنهما خافا عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن فأمراهم ان يبعثوا اليهن ماتطيب به قلوبهن والمعنى فيه ان النفقة مال فالعجز عنه لا يكون موجبا للفرقة كالمهر والنفقات المجتمعة بل أولى لان ذلك دين مستقر ونفقة الوقت لم تستقر دينا بعد وهذا لان المقصود بالنكاح غير المال فكان المال زائداً والعجز عن التبع لا يكون سببا لرفع الاصل وكما ان بالفرقة لا تتوصل الى مهرها الذى على الزوج الاول وانما تتوصل الى مثله من جهة أخرى فكذلك النفقة وبه فارق الجب والعنة فان هناك تحقق فوات ماهو المقصود مع ان عندنا هناك لا ينفسخ العقد ولكن يفرق بينهما بطريق التسريح بالاحسان حتى يكون ذلك طلاقا لازالة ظلم التعليق عنها وهذا ليس فى معنى ذلك من وجوه احدها ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك المقصود بدون التفريق بينهما وهنا لم ينسد عليها وصول النفقة بدون التفريق بأن تستدين فتنفق والثانى ان هناك الزوج يمسكها من غير حاجة به اليها فيما هو المقصود فكان ظالما وهنا يمسكها مع حاجته اليها فيما هو المقصود فلا يكون ظالما ولان هناك في ترك التفريق ابطال حقها لان وظيفة الجماع لا تصير دينا على الزوج بمضى المدة ولو فرقنا كان فيه ابطال ملك الزوج فاستوى الجانبان فى ضرر الابطال وفى جانبها رجحان لصدق حاجتها وهنا فى ترك التفريق تأخير حقها لان النفقة تصير دينا على الزوج وفى التفريق ابطال الملك على الزوج وضرر التأخير دون ضرر الابطال وبه يفرق بينه وبين العبد فالضرر هناك ضرر الابطال لان النفقة هناك لا تصير دينا للمملوك على المالك ثم فيه

ابطال حقه بغير بدل وفي البيع ابطال ملك المولى ببدل فكان هذا الضرر أهون حتى ان في الموضع الذي يكون ابطالا بغير بدل لايملك ذلك وهو أنه اذا عجز عن نفقته ثم ولده لم يبعها القاضي عليه ﴿قال﴾ والتبوئة في الامة ان يخلى بين الامة وزوجها ولا يستخدمها لما بينا ان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها نفسها لقيام مصالح الزوج وانما يحصل ذلك بهذا النوع من التبوئة فان استخدمها بعد ذلك ولم يخل بينه وبينها فلا نفقة لها لانه ازال ما به كانت تجب نفقتها عليه فهي كالحرة الناشزة فان قيل المولى انما ازال ذلك بحق له فلما ذا لا يجعل هذا كالحرة اذا أحبست نفسها لصداقها فلما كان في الابتداء فان الحرة اذا احبست نفسها بالصداق كان لها ان تطالب النفقة والمولى اذا لم يبوئها بيتا في الابتداء لم يكن لها النفقة والمعنى فيه ان الحرة اذا احتبست نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه ليتنقل الى بيته فأما هنا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى لشغله اياها بخدمة نفسه فلهذا لم يكن لها نفقة عليه فان كانت هي تجيء فتخدمه من غير أن يستخدمها فلها النفقة لان الحق للمولى ولم يوجد من جهته تفويت بل الموجود من جهته التسليم فان جاءت في وقت والزوج ليس في البيت فاستخدموها ومنعوها من الرجوع الى بيتها فلا نفقة لها لان استخدام أهل المولى اياها كاستخدام المولى وقد بينا أن فيه تفويت التبوئة والتبوئة شرط لاستحقاق النفقة وبعد التفويت ممن له الحق لا تكون لها نفقة ﴿قال﴾ ونفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت من قبل أنها مسلمة نفسها الى الزوج في بيته ولا فعل منها في المرض لتصير به مفوتة مع أنه لا يفوت ما هو المقصود من الاستئناس وغيره ولا معتبر بمقصود الجماع في حق النفقة فان الرتقاء تستحق النفقة على زوجها مع فوات مقصود الجماع وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الرتقاء لا تستوجب النفقة على الزوج اذا لم يرض الزوج بها ويكون له أن يردها الى أهلها ولا ينفق عليها وفي المريضة ان تحولت الى بيته وهي مريضة فله أن يردها الى ان تبرأ وان مرضت في بيته بعد ما تحولت اليه فليس له أن يردها بل ينفق عليها الا أن يتطاول مرضها ﴿قال﴾ وهذا استحسان لان النكاح يعقد للصحبة والالفة وليس من الالفة أن يمنع عن الاتيان أو يردها لقليل مرض فاذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يزول عادة وانما يلزمه نفقتها لقيامه عليها وقد فات ذلك بمعنى من جهتها فتسقط نفقتها كما اذا كانت صغيرة لا يجامع مثلها ولكن قد بينا الفرق

بينهما من حيث أن الصغر يزول فلا ينعدم به استحقاق الجماع بسبب العقد بخلاف الرتق والقرن وكذلك لو جنت أو أصابها بلاء يمنعه من الجماع أو هرمت حتى لا يستطيع جماعها وذكر في الكتاب انه لو أصابتها هذه العوارض من بعد ما دخل بها وليس مراده حقيقة الوطء بل المراد انتقالها الى منزله وسواء انتقلت أو لم تنتقل اذا لم تكن مانعة نفسها ظالمة فهي مستوجبة للنفقة على ماقلنا ﴿قال﴾ ولا نفقة في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ولا في العدة منه لان ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها الى الزوج للقيام بمصالحه فان فساد النكاح يمنعها من ذلك شرعا ولهذا لم تجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليما في حق وجوب المهر فكذا لا تستوجب النفقة في التسليم بالنكاح الفاسد ﴿قال﴾ واذا اختلف الزوج والمرأة فقال الزوج أنا فقير وقالت المرأة هو غني فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البينة لان الفقر في الناس أصل واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة أي سترة ثم يرزقه الله تعالى من فضله فالزوج يتمسك بما هو الاصل والمرأة تدعي غنى عارضاً فعليها البينة وعليه اليمين لانكاره وبه أجاب في كتاب العتاق اذا ادعى المعتق أنه معسر فالقول قوله فأما ما أشار في سائر الديون ان كان وجوب الدين عليه ببيع أو قرض لم يقبل قوله انه معسر لانه صار غنيا بما دخل في ملكه من المال فلا قول له في دعوى الفقر بعد تيقننا بزوال ذلك الأصل وكذلك قالوا في كل دين التزمه بالعقد اختياراً كالمهر ودين الكفالة فاقدامه على الالتزام بمنزلة اقرار منه انه قادر على الاداء فان العاقل لا يلتزم مالا يقدر على أدائه اختياراً فاما فيما سوى ذلك فالقول قوله في دعوى العسرة وبعض المتأخرين من مشايخنا يقولون يحكم في ذلك زيه فان كان عليه زي الاغنياء لم يقبل قوله انه معسر لان الزي دليل على غناه قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقال جل وعلا وان كان قميصه قد من قبل ففي هذا دليل على ان الظاهر من العلامة يجعل حكما الا في الفقهاء والعلوية فانهم يتكلفون الزي مع العسرة ليعظمهم الناس فلا يجعل الزي حكما في حقهم لظهور العادة بخلافه ﴿قال﴾ فان لم يكن لها بينة على يساره وسألت القاضي ان يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي لانه وجد دليلا يعتمده لفصل الحكم وهو التمسك بالاصل فليس عليه ان يطلب دليلا آخر وان فعله فاتاه من أخبر عنه انه موسر لا يعتمد ذلك أيضا الا ان يخبره بذلك رجلان عدلان

ويكونا بمنزلة الشاهدين يخبران انهما قدعلما ذلك فحينئذ لو شهدا عنده في مجلس الحكم يثبت يساره بشهادتهما وكذلك ان أخبراه بذلك لان المعتبر علم القاضي ويحصل له علم بخبرهما كما يحصل بشهادتهما وان أخبرا انهماعلما ذلك من رواية واو لم يؤخذبه ولها لانهما ماأخبراه عن علم وانما أخبراه عن ظن أو عن خبر من لايعتمد خبره والخبر اذا تداولته الالسنة تمكن فيه الزيادة والنقصان عادة فلهذا لايعتمد مثل هذا الخبر ﴿قال﴾ وان أقامت المرأة البينة انه موسر وأقام الزوج البينة أنه محتاج أخذ بينة المرأة لانها قامت على الاثبات ولان شهود الزوج اعتمدوا في شهادتهم ماهو الأصل وشهود المرأة عرفوا الغنى العارض فلهذا يفرض لها عليه نفقة الموسرين ﴿قال﴾ واذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها نفقتها منه كان له ذلك لان أكثر مافي الباب ان تكون النفقة لها دينآ عليه فاذا التقى الدينان تساويا قصاصا الا ترى ان له ان يقاص بمهرها فالنفقة أولى ﴿قال﴾ واذا فرضت النفقة لها على زوجها ولها عليه شئ من مهرها ماعطاها شيئا من ذلك فقال الزوج هو من المهر وقالت المرأة بل هو من النفقة فالقول قول الزوج أنه من المهر وكذلك هذا في جميع قضاء الديون اذا كان من وجوه مختلفة لانه هو المملك فالقول قوله في بيان جهة التمليك وهو المحتاج الى تفريغ ذمته فالقول قوله في انه تفرغ ذمته بهذا الاداء من كذا دون كذا ﴿قال﴾ واذا اختلفافيما وقع الصلح عليه أو الحكم به من النفقة في الجنس أو القدر فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة لانها مدعية الزيادة فتحتاج الى الاثبات بالبينة والزوج منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه فان كان الذى أقر به الزوج وحلف عليه لايكفيها يلغ بها الكفاية في المؤتنف لأن النفقة للكفاية وقد بينا أن ماقضى به القاضي أووقع الصلح عليه ان كان لايكفيها فلها أن تطالب بما يكفيها في المستقبل فكذلك ما أقر به الزوج ﴿قال﴾ ولو أخذت المرأة من زوجها كفيلا بالنفقة كل شهر لم يكن على الكفيل الا شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الا مالا يعرف منتهاه فيتناول الادنى كمن يقول لفلان على كل درهم وأصله في الاجارة اذا استأجر داراً لكل شهر كان لزوم العقد في شهر واحدوعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه كفيل بنفقتها ماعاشت وبقي النكاح بينهما استحسانا لما فيه من العرف الظاهر ولأن قصد المرأة التوثق بهذا الجنس من حقها فكان الكفيل صرح لها بما هو مقصودها فقال في كفالته أبداً أو ماعاشت وهناك يثبت حكم الكفالة بهذا الجنس من حقها عليه

عاما فكذا هنا ولو ضمن لها نفقة سنة كان جائزاً وان لم يكن واجبا ولكن اضافة الكفالة الى سبب الوجوب صحيح وقد حصل ذلك بتسمية المدة ولم يبين أن الزوج هل يجبر على اعطاء الكفيل بالنفقة أم لا فظاهر المذهب أنه لايجبر على ذلك كما لايجبر على اعطاء الكفيل بدين آخر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال اذا قالت المرأة إنه يريد أن يغيب ولا يترك لي نفقة أمره القاضي أن يعجل لها نفقة شهر أو يعطيها كفيلا بنفقة شهر استحسانا لانها طلبت من القاضي أن ينظر لها فيجيبها على ذلك لان الحال حال النظر ﴿قال﴾ واذا فرض القاضي لها على الزوج نفقة معلومة كل شهر فمضت أشهر لم يعطها حتى مات أو ماتت لم يؤخذ بشئ منها لان النفقة تستحق استحقاق الصلات لا استحقاق المعاوضات على ماقررناه والصلات لاتتم الا بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وشبهه في الكتاب بمن وجبت عليه الجزية اذا مات لم تستوف من تركته لهذا ولان السبب قيام الزوج عليها وتفريغها نفسها لمصالحه وقد زال ذلك قبل الاستيفاء فيسقط حقها كما اذا زال العيب قبل رد المشتري لم يكن له أن يرد بعد ذلك ﴿قال﴾ ولو كانت المرأة استعجلت النفقة لمدة ثم ماتت قبل مضي تلك المدة لم يكن للزوج أن يسترد من تركتها شيئاً من ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا أنها صلة وحق الاسترداد في الصلات ينقطع بالموت كالرجوع في الهبة وعند محمد رحمه الله تعالى يترك من ذلك حصة المدة الماضية قبل موتها ويسترد ما وراء ذلك لانها أخذت ذلك من ماله لمقصود لم يحصل ذلك المقصود له فكان له أن يستردمنها كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل أن يتزوجها وروي ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالي قال ان كان الباقي من المدة شهراً أو دونه لم يرجع بشئ في تركتها وان كان فوق ذلك ترك لها مقدار نفقة شهر استحساناً ويسترد من تركتها مازاد علي ذلك لانه انما يعطيها النفقة شهراً فشهراً عادة ففي مقدار نفقة شهر هي مستوفية حقها وفيما زاد على ذلك مستعجلة ﴿قال﴾ ولو كانا حيين فاختلفا فيما مضي من المدة من وقت قضاء القاضي فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وانكاره سبق التاريخ في القضاء والبينة بينة المرأة لاثباتها ذلك ﴿قال﴾ واذا بعث اليها بثوب فقال هو هدية وقال الزوج هو من الكسوة فالقول قول الزوج مع يمينه لانه هو المملك للثوب منها فالقول قوله في بيان جهته الا أن تقيم المرأة البينة أنه بعث به هدية وان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لانه يثبت ببينته فراغ ذمته عن

حقها من الكسوة أو المهر وكذلك ان أقام كل واحد منهما البينة على اقرار الآخر بما ادعاه لان الزوج هو المدعى للقضاء فيما عليه من الحق فمعنى الاثبات فى بينته أظهر وكذلك ان بعث بدراهم فقال هى نفقة وقالت المرأة هى هدية فالقول قوله لما بينا ﴿قال﴾ واذا أعطاها كسوة فعجلت تمزيقها أو هلكت منها لم يكن عليه أن يكسوها حتى يأتى الوقت لما بينا أن أحوال الناس تختلف فى صيانة الثياب وتمزيقها فيتعذر تعليق الحكم بحقيقة تجدد الحاجة فيقام الوقت مقامه تيسيراً فما لم يأت الوقت لاتتجدد الحاجة فلا يتجدد سبب الوجوب لها فلم يكن لها أن تطالبه بشئ ﴿قال﴾ وكذلك ان صانتها ولبست غيرها فاذا جاء الوقت المعلوم لها ان تطالب بالكسوة والقاضى فى الابتداء يوقت من المدة ماتمزق فيه الثوب باللبس المعتاد فما لم يتبين خطأه فى ذلك التوقيت يجب بناء الحكم عليه ولا ينظر الى تعجيلها التمزيق ولا الى صيانتها فوق المعتاد ﴿قال﴾ وكذلك ان أخذت نفقة شهر فلم تنفق حتى جاء الشهر الثانى وهى معها فلها أن تطالبه بنفقة الشهر الثانى بخلاف نفقة ذى الرحم المحرم فان هناك المعتبر تحقق الحاجة ألا ترى أنه لو كان له مال لم يستوجب النفقة على غيره والحاجة مرتفعة ببقاء المأخوذ معه بخلاف نفقة الزوجة ﴿قال﴾ واذا فرض القاضى لها النفقة على زوجها فأنفقت من مالها ولم تأخذ منه شيئاً فلها أن تأخذه بما مضى من ذلك لان نفقة الزوجة تصير ديناً بقضاء القاضي أو الصلح عن التراضي وقد بيناه ﴿قال﴾ وان كان هذا فى ذى الرحم المحرم فأنفق على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضى لم يكن له أن يرجع على الذى فرض له عليه بشئ لما مضى لما بينا أن المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمضي ذلك الوقت فلا تصير النفقة دينا وأورد فى باب الزكاة من الجامع ان نفقة ذى الرحم المحرم تصير دينا بقضاء القاضى وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة هناك فيما اذا استدان المنفق عليه وانفق من ذلك فتكون الحاجة قائمة لقيام الدين عليه وهنا وضع المسئلة فيما اذا أنفق من مال له أو من صدقة تصدق بها عليه والحاجة لاتبقى بعد مضى المدة وقد قررناه هذا فيما أمليناه من شرح الجامع ﴿قال﴾ وان كان الرجل غائبا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة فان كان القاضى يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة فى ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له الا ترى ان من أقر بدين ثم غاب قضى القاضى عليه بذلك لعلمه به فكذلك النفقة ولكن يشترط ان ينظر للغائب وذلك في ان يحلفها انه لم يعطها

النفقة لجواز ان يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانيا واذا حلفت فاعطاها النفقة أخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة انه قد كان أوفى نفقتها وهذا لان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ﴿قال﴾ واذا حضر الزوج وأثبت بالبينة انه كان قد أوفاها أو أرسل اليها بشئ في حال غيبته أمرها برد ما أخذت لانه ظهر عند القاضي انها أخذت بغير حق وللزوج الخيار ان شاء أخذها بذلك وان شاء أخذ الكفيل وان لم يكن النكاح بينهما معلوما للقاضي فأرادت اقامة البينة على الزوجية لم يقبل القاضي ذلك منها عندنا لما فيه من القضاء على الغائب بالبينة وعن زفر رحمه الله تعالى انه يسمع منها البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وان لم يكن للزوج مال يأمرها بالاستدانة فان حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين وان أنكر ذلك كلفها اعادة البينة فان لم تعد أمرها برد ما أخذت ولم يقض لها بشئ مما استدانت على الزوج لان في قبول البينة بهذه الصفة نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فيجيبها القاضي الى ذلك ولكنا نقول فيه قضاء على الغائب لان دفع ماله اليها لتنفق على نفسها لا يكون الا بعد القضاء عليه بالزوجية ﴿قال﴾ وان أحضرت غريما للزوج أو مودعا في يده مال للزوج وهو مقر بالمال والزوجية أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغائب فان صاحب الدين اذا أحضر غريما أو مودعا للغائب لم يأمره بقضاء دينه منه وان كان مقرا بالمال وبدينه لان القاضي انما يأمر في حق الغائب بما يكون نظرا له وحفظا لملكه عليه وفي الانفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكه عليه بل فيه قضاء عليه بقول الغير فلهذا المعنى تقع الفرقة بينهما ﴿قال﴾ وان جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما أو كون المال في يده لم تقبل بينتها على شئ من ذلك أما على الدين والوديعة فلانها تثبت الملك للغائب حتى اذا ثبت ملكه ترتب عليه حقها فيه وهي ليست بخصم في اثبات الملك للزوج في أمواله وأما اذا جحدا الزوجية فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع وقال لا تقبل بينتها على ذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليس بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة والاشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم

بالزوجية فاذا لم يكن ذلك معلوما له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصم وان لم يكن له مال حاضر لم يفرض لها النفقة بطريق الاستدانة عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لان في هذا قضاء على الغائب وقد بيناه وان كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزلة حضوره استحسانا ﴿قال﴾ ولا يبيع العروض في نفقتها أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر لان الزوج لو كان حاضراً لم يبع القاضي عروضه في ذلك فاذا كان غائبا أولى وأما على قولهما انما يبيع على الحاضر عروضه بعد ما يحجر عليه وليس له ولاية الحجر والزام القضاء على الغائب ﴿قال﴾ وينفق عليها من غلة الدار والعبد لان ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من الثياب ان كانت له والنفقة من طعامه ان كان له لانه من جنس حقها ولها أن تأخذ من غير قضاء كما قال صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فلأن يقضي لها القاضي بذلك كان أولى ويأخذ منها كفيلا بجميع ذلك نظراً منه للغائب فاذا رجع الزوج وأقام البينة على وصول النفقة اليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما أخذت لانه التزم بالكفالة وان لم يكن له بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شئ على الكفيل وان نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها وللزوج الخيار بين أن يأخذها بذلك أو يأخذ الكفيل لانه كفيل بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها ولهذا لزم كفيلها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة العبد

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا كان للعبد أو المدبر أو المكاتب امرأة حرة أو أمة قد بوئت معه بيتاً فانه يفرض عليه نفقتها بقدر ما يكفيها لان سبب وجوب النفقة الزوجية وهي تتحقق في حق المملوك كما تتحقق في حق الحر وهو تسليمها الى الزوج في منزله والحكم ينبني على السبب الا ترى ان المهر بالنكاح يجب على العبد كما يجب على الحر ثم ما يجب على العبد من الديون اذا ظهر في حق المولى تعلق بمالية رقبته حتى يباع فيه الا ان يقضيه المولى ودين النفقة ظهر في حق المولى لان سببه وهو النكاح كان برضاه فاذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجز عن أدائه يباع فيه ثم اذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع فيه أيضا وليس في شئ من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد مرة الا النفقة لان النفقة تجدد

وجوبها بمضى الزمان وذلك فى حكم دين حادث واما المدبر لايمكن بيعه في النفقة ولكن يؤمر فيه بالسعاية وكذلك المكاتب لايمكن بيعه مع قيام عقد الكتابة وانما يقضي بالنفقة في كسبه كما يقضى بسائر ديونه فى كسبه فان كان للعبد أو المدبر ولد من امرأته لم يكن عليها نفقة الولد لانها ان كانت أمة فالولد ملك لمولاها ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حراً ولا تجب نفقة الحر على المملوك بحال لان كسب العبد والمدبر لمولاه ونفقة الولد الحر ليست على المولى وكذلك لايكون فى كسبهما وكذلك المكاتب لايجب في كسبه نفقة ولد حر ولا نفقة ولد هو مملوك للغير وان كانت امرأته مكاتبة معه لمولى واحد كاتبهما كتابة واحدة فنفقة الولد على الام دون الاب لان الولد تابع للام فى كتابتها الا ترى ان كسب الولد يكون لها ولو جنى عليه كان ارش الجناية لها وان مات الولد وترك مالا فذلك كله لها فكذلك نفقة الولد تكون عليها وهذا بخلاف ما اذا وطئ المكاتب أمته فولدت فان نفقة ذلك الولد على المكاتب لانه داخل فى كتابته حتى كان كسبه له وارش الجناية عليه له أيضاً ليس للأم من ذلك شئ لانها أمة ولو كان للأم فالام أمة له أيضاً فلهذا كانت نفقته عليه ولانه جزء منه فاذا تبعه فى العقد كانت نفقته بمنزلة نفقة نفسه ﴿ قال ﴾ ولو تزوج العبد أو المدبر أو المكاتب بغير اذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر لان وجوب النفقة والمهر يكون بعد صحة العقد ونكاحهم بغير اذن المولى غير صحيح وان عتق واحد منهم جاز نكاحه حين يعتق لسقوط حق المولى ويجب عليه المهر والنفقة في المستقبل والمستسعى في بعض القيمة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب ﴿ قال ﴾ وان كانت المدبرة أو الامة أو أم الولد تحت حر أو عبد فلا نفقة عليهما ما لم يبوئها معه بيتا لانعدام التسليم قبل التبوئة ويستوى ان كان دخل بها أو لم يدخل بها لان بالدخول انما يوجد تسليم المعقود عليه ولا معتبر به في النفقة فان تسليم المعقود عليه مقرر للبدل والنفقة ليست ببدل ألا ترى أن الرتقاء تستحق النفقة وقد انعدم منها تسليم المعقود عليه فعرفنا أن المعتبر في النفقة تفريغها نفسها لحق الزوج وذلك يكون بالتبوئة فان بوأها معه بيتا فعليه النفقة وان انتزعها منه واحتاج الى خدمتها فلا نفقة على الزوج ما دامت عند مولاها وان اعادها اليه وبوأها معه بيتا فعليه النفقة كالحرة اذا هربت من زوجها ثم عادت الى بيته توضيحه أن الامة محبوسة عند مولاها لحق المولى في خدمتها فكانت كالمحبوسة فى الدين ولا نفقة للمحبوسة بالدين اذا

كان الزوج ممنوعا منها فاذا قضت الدين وعادت الى بيت الزوج كان لها النفقة وان كان لها منه ولد فلا نفقة عليه للولد لان ولد الامة مملوك لمولاها فنفقته تكون على مالكه وان كانت المرأة مكاتبة وتدبوأها معه بيتا أو لم يبوئها منه فهو سواء ولها النفقة ولان المكاتبة في يد نفسها كالحرة وليس لمولاها أن يستخدمها فكانت هي كالحرة في استحقاق النفقة على الزوج اذا لم تحبس نفسها عنه ظالمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة أهل الذمة

﴿قال﴾ رضي الله عنه ويفرض على الذمي نفقة امرأته بالمعروف كما يفرض على المسلم لانها كفاية مشروعة للحاجة وسببها وهو الزوجية يتحقق فيما بين أهل الذمة كما يتحقق فيما بين المسلمين فان كانت ذات رحم محرم منه وذلك في دينهم نكاح فطلبت نفقتها منه من قبل النكاح فرض لها من ذلك عليه كما يفرض في النكاح الصحيح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لما بينا من أصله أن لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة وان رفع أحدهما الامر الى القاضي لا يفرق القاضي بينهما فيقضى لها بالنفقة وعندهما ليس لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة وبرفع أحدهما الامر القاضي يفرق القاضي بينهما فلا يقضى لها بالنفقة ولا خلاف في النكاح بغير شهود ان القاضي يقضى لها بالنفقة لان النكاح بغير شهود صحيح فيما بينهم فان الاشهاد من حق الشرع وهم لا يخاطبون بذلك الا ترى أنهم يقرون عليه بعد الاسلام ﴿قال﴾ واذا أسلم الذمي وامرأته من غير أهل الكتاب فأبت الاسلام وفرق بينهما فلا نفقة لها في العدة لان الفرقة جاءت من قبلها بسبب هي عاصية في ذلك وهو إباء الاسلام بعد ما عرض عليها ولهذا الامهر لها اذا كان قبل الدخول فليس لها نفقة العدة وان كان بعد الدخول أيضا الا ان في المهر اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر عنه سواء كان بحق أو بغير حق لان سقوط المهر بتفويتها المعقود عليه على الزوج وذلك موجود في الحالين فاما سقوط النفقة باعتبار حبسها نفسها فيكون بمنزلة النفقة حال قيام النكاح وهناك ان حبست نفسها ظلما كالناشزة لم يكن لها النفقة وان حبست نفسها بحق لم تسقط نفقتها كما لو حبست نفسها لاستيفاء صداقها فكذلك في نفقة العدة ان كانت الفرقة من جهتها بسبب هي عاصية في ذلك فليس لها نفقة العدة وان لم تكن عاصية في ذلك فلها نفقة العدة ﴿قال﴾ وان كانت

المرأة هي التي أسلمت فأبى الزوج ان يسلم ففرق بينهما كان عليه النفقة والسكنى مادامت فى العدة لان الفرقة جاءت بسبب من جهة الزوج وهو اباؤه عن الاسلام وذلك منه تفويت الامساك بالمعروف فتعين التسريح بالاحسان والاحسان فى التسريح ان يوفيها مهرها ونفقة عدتها ﴿قال﴾ واذا خرج أحد الحربيين مسلما ثم خرج الآخر بعده فلا نفقة عليه لها قال لان العصمة انقطعت فيا بينهما بخروج أولهما ومعنى هذا ان وجوب نفقة العدة باعتبار ملك اليد الثابت للزوج عليها في حالة العدة ولهذا لا تجب النفقة فى العدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ولا في عدة أم الولد من المولى وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع ملك اليد الثابت بالنكاح ثم ان كان الزوج هو الخارج فلا عدة عليها لانها حربية وان كانت المرأة هي التي خرجت فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما عليها العدة لحق الشرع لا لحق الزوج فلا تكون نفقة العدة عليه والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب النفقة فى الطلاق والفرقة والزوجية﴾

﴿ قال ﴾ ولكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة مادامت في العدة أما المطلقة الرجعية فلانها فى بيته منكوحة له كما كانت من قبل وانما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة وذلك غير مسقط للنفقة كما لو آلى منها أو علق طلاقها بمضي شهر فاما المبتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت في العدة عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها السكنى ولا نفقة لها الا ان تكون حاملا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا نفقة للمبتوتة في العدة واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضى الله تعالى عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى الا أن فى صحة هذا الحديث كلاما فانه روى أن زوج فاطمة اسامة بن زيد رضى الله تعالى عنه كان اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شئ فى يده وعن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت تلك المرأة فتنت العالم أى بروايتها هذا الحديث وقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة وتأويله ان ثبت من وجهين (أحدهما) أن زوجها كان غائبا فانه خرج الى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق

عليها حمر الشمير فأت هي دلك ولم يكن الروح حاصراً ليقضي عليه بشئ آخر (والثاني) أنها كانت بذئة اللسان على ماروى أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد في بيت ابن أم مكتوم رضي الله تعالى عنه فظن أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم لاخلاف في استحقاقها السكنى فانه منصوص عليه بقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم فعلمائنا قالوا النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح وهذه العدة حق من حقوق النكاح فكما بقي باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة وباستحقاق السكني تبين بقاء ملك اليد للزوج عليها مادامت في العدة وكما ثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين تثبت بسبب ملك اليد ألا ترى أن نفقة زوجة المكاتب عليه في كسبه لماله فيه من ملك اليد ولا يدخل عليه نفقة المرهون فانه لايكون على المرتهن مع ملك اليد له لان ملك اليد للمرتهن في المالية دون العين فان يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين فأما اذا كانت حاملا فلها النفقة بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومن أصل الشافعي رحمه الله تعالى أن تعلق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط وعندنا تعليق الحكم بالشرط لايدل على عدم الحكم عند عدم الشرط لان مفهوم النص ليس بحجة ولانه يجوز أن يكون الحكم ثابتاً قبل وجود الشرط بعله أخرى ألا ترى أن من قال لعبده أنت حر اذا جاء رأس الشهر ثم قال أنت حر غدا بقي ذلك التعليق صحيحاً حتى لو أزاله من ملكه اليوم فمضى الغد ثم اشتراه ثم جاء رأس الشهر يعتق ولو بقي في ملكه حتى الغد يعتق أيضاً كيف وقد قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقراءته لابد أن تكون مسموعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذلك دليل على أن النفقة مستحقة لها بسبب العدة وان قوله وان كن أولات حمل لازالة إشكال كان عسى ان يقع فان مدة الحمل تطول عادة فكان يشكل أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وان طالت فأزال الله تعالى هذا الاشكال بقوله حتى يضعن حملهن ثم النفقة اذا كانت حاملا تجب لها لاللولد بدليل أنه لاتجب في مال الولد وان كان له مال أوصى له به وانها لاتتعدد بتعدد الولد وأنها اذا كانت أمة

فنفقتها على زوجها ونفقة الولد تكون على مولاه كما بعد الانفصال وأن المنكوحة اذا حبلت لا تتضاعف نفقتها ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعف نفقة المنكوحة اذا حبلت فاذا ثبت ان النفقة لها فقلنا لا بد من سبب لاستحقاق النفقة بينهما وبين الزوج ولا سبب لذلك سوى العدة والحامل والحائل في هذا السبب سواء ولا تخرج من بيتها ليلا ولا نهاراً لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة قال ابراهيم رضي الله عنه خروجها من بيتها فاحشة ولانها مكفية المؤنة لا حاجة لها الى الخروج ليلا ولا نهاراً بخلاف المتوفى عنها زوجها فانه لا نفقة لها في تركة الزوج فهي تحتاج الى ان تخرج بالنهار في حوائجها والبائنة بالخلع والايلاء واللعان وردة الزوج ومجامعة أمها سواء في ذلك لان هذه الفرقة كلها بسبب من جهة الزوج بعد ان كانت مستحقة للنفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك الحق ببقاء العدة فان اشترط الزوج في الخلع أن لا سكنى في العدة ولا نفقة فعليه السكنى ولا نفقة عليه لأن خروجها من بيتها معصية واشتراط المعصية في الخلع باطل ولان النفقة حقها واسقاطها حق نفسها صحيح فأما السكنى من حق الشرع واسقاط ما هو حق الشرع باطل ألا ترى أن اسقاطها لما زاد علي العشرة من المهر عند العقد صحيح بخلاف العشرة حتى لو أبرأت زوجها من مؤنة السكني ورضيت أن تكون في بيت نفسها أو تلتزم مؤنة السكني من مالها كان صحيحاً لان ذلك حقها ﴿قال﴾ واذا طلق امرأته طلاقا بائناً وهي أمة وقد بوأها معه بيتا فعلى الزوج النفقة لانها كانت مستحقة للنفقة حال قيام النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة فان أخرجها المولى اليه لخدمته بطلت النفقة عن الزوج كما في حال قيام النكاح اذا شغلها بخدمته فان أعادها الى بيت الزوج وترك استخدامها فلها النفقة كما في حال قيام النكاح فاما اذا كانت عند الطلاق في بيت المولى يستخدمها ثم عادت الى بيت الزوج بعد الطلاق فلا نفقة لها عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها النفقة كما لو كان استخدامه اياها بعد الطلاق وهذا لان سقوط النفقة بعارض فاذا زال ذلك العارض صار كان لم يكن الا ترى ان الحرة اذا كانت ناشزة هاربة من الزوج حين طلقها ثم عادت الى بيته كان لها نفقة العدة لهذا المعنى وحجتنا في ذلك ان باعتبار العدة يبقى ما كان ثابتاً ولا يثبت مالم يكن ثابتاً لان الثبوت ابتداء يستدعى قيام الملك مطلقا فاما ثبوت نفقة العدة عند الفرقة فان كانت في بيت الزوج عند ذلك كانت مستحقة للنفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة فان اعترض بعد ذلك

مسقط ثم زال صار كان لم يكن واذا لم تكن مستحقة للنفقة عند الفرقة فلو جعلنا لها النفقة في العدة كان هذا إثبات النفقة لها ابتداء في العدة وذلك لا يكون وهذا المعنى وهو ان المقصود من التبوئة ان تتفرغ للقيام بمصالح الزوج وذلك في حال قيام النكاح فاذا بوأها بيتا في حال قيام النكاح استحقت النفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة فاما اذا كان ابتداء التبوئة في العدة لا يحصل به هذا المقصود لانها لا تقوم بمصالح الزوج والقياس في الناشزة هكذا ولكنا استحسنا فيها لان المرأة مستحقة في أصل النكاح والعارض المسقط عند الفرقة وبعدها في حقها سواء اذا زال صار كان لم يكن بخلاف الأمة وان جاءت الفرقة من قبل المرأة بالمعصية كالردة ومطاوعة ابن الزوج على الجماع وما أشبه ذلك فلا نفقة لها ان أصرت على ذلك أو رجعت وتابت من الردة اما السكنى فواجبة لها لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فتسقط بمجيء الفرقة من قبلها بالمعصية ﴿قال﴾ وان كانت أمة قد بوأها المولى بيتا فعتقت واختارت نفسها فلها النفقة في العدة لان اختيارها كان بسبب حق مستحق لها وقد بينا ان النفقة لا تسقط في حال قيام النكاح اذا حبست نفسها بحق فكذلك اذا وقعت الفرقة بسبب حق مستحق لها ﴿قال﴾ واذا لم تخاصم المعتقة في نفقتها حتى انقضت عدتها فلا نفقة لها وكذلك التي طلقها زوجها لان نفقة العدة لا تكون أوجب من نفقة النكاح وقد بينا ان نفقة النكاح لا تصير دينا بمضي المدة قبل الفرض ولا يكون لها ان تطالب بها بعد زوال النكاح فنفقة العدة أولى وهذا لان السبب ملك اليد والمستحق بهذا السبب في حكم الصلة فلا بد من قيام السبب لثبوت حق المطالبة الا ترى ان الذمي اذا أسلم وعليه خراج رأسه لم يطالب بشيء منه لزوال السبب قبل الاستيفاء فهذا مثله ﴿قال﴾ وان كان الزوج غائبا فاستدانت عليه ثم قدم بعد انقضاء العدة فهذا ونفقة النكاح سواء وقد بينا هناك ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول استدانتها على الزوج صحيح وعلى قوله الآخر انما استدانت على نفسها وليس على الزوج من ذلك شيء فكذلك في حكم نفقة العدة ﴿قال﴾ واذ تطاولت العدة بالمرأة فالنفقة لها واجبة حتى تنقضي العدة بالحيض أو بالشهور عند الاياس لان سبب الاستحقاق قائم فيبقى الاستحقاق ببقاء السبب طالت المدة أو قصرت الا ترى ان في الطلاق الرجعي يسوى بين ان تطول مدة الحيض أو تقصر والأصل فيه حديث علقمة رضي الله عنه فانه طلق امرأته

فارتفع حيضها سبعة عشر شهراً ثم ماتت فورثه منها عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقال ان الله تعالى حبس ميراثها عليك ﴿قال﴾ وان اختلفا فى انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها لان ما فى رحمها لا يعلمه غيرها فتكون أمينة فيه مقبولة القول هكذا قال أبى بن كعب رضى الله عنه من الامانة ان تؤمن المرأة على ما فى رحمها ولانها متمسكة بالاصل والاصل بقاء العدة واستحقاق النفقة كان ثابتاً لها فيبقى مالم يظهر انقضاء العدة وبقول الزوج ذلك لا يظهر فى حقها لان قوله ليس بحجة عليها فان أقام الزوج البينة على اقرارها بانقضاء العدة برئ من النفقة لان ثبوت اقرارها بالبينة كثبوته بالمعاينة ﴿قال﴾ واذا جامعت ابن زوجها مطاوعة فى عدتها لم تبطل بذلك نفقتها الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول النفقة تجب شيئاً فشيئاً فكما أنها لو طاوعت ابن الزوج فى حال قيام النكاح لم يكن لها النفقة فكذلك اذا فعلت ذلك فى العدة ولكنا نقول لا تأثير لفعلها هنا فى الفرقة فان الفرقة بينهما قد وقعت قبل فعلها ولا تأثير لهذا الفعل فى اسقاط العدة فتبقى النفقة مستحقة لها بخلاف ما اذا فعلت حال قيام النكاح لان الفرقة هناك وقعت بفعلها وهي عاصية فى ذلك فأما اذا ارتدت فى العدة سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا تكون فى بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا تستوجب النفقة فى حال قيام النكاح فكذلك لا تستوجب النفقة فى العدة وان تابت ورجعت الى بيته كان لها النفقة لزوال العارض وهو الحبس بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بردتها فان هناك لا نفقة لها وان تابت لان أصل الفرقة كان من جهتها بمعصية ولو لحقت بدار الحرب مرتدة فقد انقطعت العصمة بينهما حتى اذا جاءت مسلمة أو تائبة أو سبيت فأعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان استحقاق النفقة باعتبار بقاء العصمة وتباين الدارين قاطع للعصمة ﴿قال﴾ ولو أن مستأمنا فى دارنا تزوج ذمية ودخل بها وطلقها فلها النفقة فى قول من يوجب على الذمية العدة وقد بينا فيه شبه الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فمن أوجب عليها يقول النفقة لما كانت مستحقة فى حال قيام النكاح لها يبقى ببقاء العدة ولا يشبه هذا الذمى الذى له أبوان حربيان دخلا بأمان فانه لا نفقة لهما عليه لانهما وان كانا فى دارنا صورة فهما من أهل الحرب متمكنان من الرجوع الى دار الحرب ونفقة الاقارب بمنزلة الصلة ولا يثبت استحقاق الصلة للحربى على من هو من أهل دارنا وهذا لان هذه الصلة لابقائه وهو من أهل الحرب

فهو به مستوجب للقتل غير مستوجب للابقاء وكما لاتجب نفقتهما على الذي لاتجب على المسلم بطريق الاولى ﴿قال﴾ وان كان للمسلم أب ذمى معسر ففى القياس لانفقة له عليه لاختلاف الدينين ألا ترى أن التوارث بينهما منقطع فكذلك استحقاق النفقة وهو نظير سائر الاقارب حتى لا يستوجبون النفقة مع اختلاف الدين ولكنا نستحسن فى حق الاب الذمى والام لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وهذا فى الابوين الكافرين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتركهما يموتان جوعا ثم استحقاق النفقة فيما بين الوالد والولد بسبب الولادة وذلك متحقق مع اختلاف الدين بخلاف سائر الاقارب فان الاستحقاق هنا بسبب الوراثة قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وباختلاف الدين ينقطع التوارث وبمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن الفقه ألا ترى أن حكم العتق عند دخوله فى ملكه وحرمة الرجوع فى الهبة لما تعلق بالمحرمية شرعا لم يختلف باختلاف الدين ﴿قال﴾ رجل أعتق أم ولده فلانفقة لها فى العدة لان استحقاق النفقة كان لها بملك اليمين والعتق مناف للملك وما عليها من العدة نظير العدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ألا ترى أنه لايختلف بالحياة والوفاة وبمثل هذه العدة لاتستحق النفقة ﴿قال﴾ واذا أقر الرجل ان نكاح امرأته عليه حرام وقد دخل بها ففرق بينهما فلها المسمى من المهر ونفقة العدة لان أصل النكاح كان صحيحا باعتبار الظاهر وهو غير مصدق فى اقراره بالحرمة فى حقها وانما يصدق فى حق نفسه بابطال ملكه عنها فيجعل هذا فى حقها كالطلاق فلها جميع المسمى ونفقة العدة ﴿قال﴾ والتى زوجها عمها اذا اختارت نفسها بعد البلوغ وقد دخل بها الزوج فلها النفقة مادامت فى العدة لان الفرقة من جهتها بسبب حق مستحق لها وكذلك اذا فرق القاضى بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة فلها النفقة والسكنى ما دامت فى العدة لان أصل النكاح كان صحيحا يتوارثان به اذا مات أحدهما والفرقة اذا جاءت بسبب حق مستحق لاتسقط به نفقتها ﴿قال﴾ واذا فرض القاضي للمرأة على زوجها النفقة فأعطاها فسرق منها لم يكن على الزوج ان يعطيها مرة أخرى مالم يمض الوقت لانها قد استوفت حق نفسها فدخل المستوفى فى ضمانها كما اذا استوفت المهر ويكون الهلاك بعد ذلك عليها دون الزوج ولو أرسل بها اليها رسولا فقال الرسول قد أعطيتها اياها وجحدت هي كان القول قولها مع يمينها لان رسول الزوج نائبه فدعواه انه أعطاها كدعوى الزوج ذلك

عليها ولو قال الزوج أعطيتها نفقتها وأنكرت هى الاستيفاء كان القول قولها مع يمينها فكذلك اذا ادعى الرسول انه أعطاها ولو أقرت بالاستيفاء ثم ماتت قبل مضى المدة ففى حق الزوج فى الاسترداد من التركة خلاف كما بينا فيما سبق ولا فرق بين ان يكون المقبوض بعينه قائما أو يكون مستهلكا على القولين جميعا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب حكم الولد عند افتراق الزوجين

اعلم بأن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لانفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك الى من هو مشفق عليهم فجعل حق التصرف الى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة والتصرف يستدعى قوة الرأى وجعل حق الحضانة الى الامهات لرفقهن فى ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت والظاهر أن الام أحفى وأشفق من الاب على الولد فتتحمل فى ذلك من المشقة مالا يتحمله الاب وفى تفويض ذلك اليها زيادة منفعة للولد والاصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ولدى هذا قد كان بطني له وعاء وحجرى له حواء وثديي له سقاء وأن هذا يريد أن ينتزعه منى فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجى ولما خاصم عمر أم عاصم بين يدى أبى بكر رضى الله تعالى عنه لينتزع عاصما منها قال له أبو بكر رضى الله تعالى عنه ريحها خير له من سمن وعسل عندك وفى رواية ريقها خير له ياعمر فدعه عندها حتى يشب وفى رواية دعه فريح لفاعها خير له من سمن وعسل عندك اذا عرفنا هذا فنقول اذا فارق الرجل امرأته ولها ولد فالام أحق بالولد أن يكون عندها حتى يستغنى عنها فان كان غلاما فحتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفى نوادر داود بن رشيد ويستنجى وحده وان كانت جارية فهي أحق بها حتى تحيض وكان القياس أن يستوى الغلام والجارية فى ذلك واذا استغنيا يكون الأب أحق بهما لان للام حق الحضانة وذلك ينتهى اذا استغنى عن ذلك والحاجة الى الحفظ بعد ذلك والاب أقدر على الحفظ فان المرأة تعجز عن حفظ نفسها وتحتاج الى من يحفظها على ماقيل النساء لحم على وضم الا ماذب عنهن فكيف تقدر على حفظ غيرها ولكنا تركنا القياس فقلنا الجارية وان استغنت عن التربية فقد احتاجت الى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب والام على ذلك

أعدر واذا دفع الى الاب احتلط بالرجال فيقل حياؤها والحياء في النساء زينة وانما يبقى ذلك اذا كانت تحت ذيل أمهافكانت أحق بها حتى تحيض فاذا بلغت احتاجت الى التزويج وولاية التزويج الى الاب وصارت عرضة للفتنة ومطمعة للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق بها للمعنى الذي أشرنا اليه وهو نوع غيرة الرجال فان الام ربما تخدع فتقع في فتنة ولا تشعر الام بذلك ويؤمن ذلك على الاب فأما الغلام اذا استغنى فقد احتاج الى تعلم أعمال الرجال والاب على ذلك أقدر واحتاج الى من يثقفه ويؤدبه والاب هو الذي يقوى على ذلك ولان صحبة النساء مفسدة للرجال فاذا ترك عندها يتكسر لسانه ويميل طبعه الى طبع النساء فربما يجيء مخنثاً فلهذا يدفع الى الاب بعد ذلك وهذا مذهبنا فأما عند الشافعي رحمه الله تعالى يخير بين الابوين فيدفع الى من اختار الغلام صحبته لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين ولكنا نقول في هذا بناء الالزام والحكم على قول الصبي وذلك لا يجوز ولان الصبي في العادة يختار ما يضره لانه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه شهوته والذي روى من الاثر فقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك الغلام فقال اللهم سدده فببركة دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اختار ما هو أنفع له ولا يوجد مثله في حق غيره والرضاع والنفقة على الوالد لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعني مؤنة الرضاع وهذا بخلاف حال قيام النكاح بينهما فانها لا تستوجب الاجر على ارضاع الولد وان استأجرها عندنا لان في حال بقاء النكاح الرضاع من الاعمال المستحقة عليها ديناً وبعد الفرقة ليس ذلك بمستحق عليها ديناً ولا دينا وكما أن النفقة بعد الفطام على الاب لا تشاركه أحد في ذلك باعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليه كالانفاق على نفسه فكذلك قبل الفطام مؤنة الرضاع عليه فان كان يجد من يرضعه بأقل مما ترضعه المرأة ولم تأخذه المرأة بذلك استأجر الظئر لترضعه قال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولانها قصدت الاضرار بالزوج في التحكم عليه وطلب الزيادة الا أن الظئر تأتي فترضعه عند أمه وليس للاب أن يأخذ الولد منها لان حق الحضانة لها فلا يملك الاب ابطال حقها وان اخذته الام بمثل ذلك فهي أحق به لانها أشفق على الولد من الظئر ولبنها أوفق له

والاب

والأب في هذا الموضع قاصد الى الاضرار والتعنت حين رضي بدفع مقدار الى الظئر ولا رضى بدفع مثل ذلك الى الام فان لم يكن وقع بينهما فرقة فلا أجر لها على الرضاع وان أبت أن ترضع لم تكره على ذلك لان المستحق عليها بالنكاح تسليم النفس الى الزوج للاستمتاع وما سوى ذلك من الاعمال تؤمر به ندبا ولا تجبر عليه في الحكم نحو كنس البيت وغسل الثياب والطبخ والخبز فكذلك ارضاع الولد ﴿ قال ﴾ وان لم يكن للصبي أب وكان له أم وعم فالرضاع عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ان كانا موسرين لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فقد اعتبر صفة الوراثة في حق غير الاب فدل ذلك على أنه يكون على الورثة بحسب الميراث ولكن لابد أن يكون ذا رحم محرم ثبت ذلك بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فان قراءته لا تخالف عن روايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه ما كان هذا الا سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال في النفقة بعد الفطام الجواب هكذا وكذلك فيما يحتاج اليه من النفقة قبل الفطام فاما الرضاع فانه كله على الأم لانها موسرة باللبن والعم معسر في ذلك ولكن في ظاهر الرواية قال قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسراً فيه فلهذا كان عليهما اثلاثا والأم أحق ان يكون عندها حتى تبلغ ماوصفنا فان كان العم فقيرا والأم غنية فالرضاع والنفقة على الأم لان النفقة على العم مستحقة في ماله لا في كسبه على ماندنه في نفقة ذوي الأرحام ان شاء الله تعالى والمعسر ليس له مال فلا يلزمه شيء من النفقة بل هو كالمعدوم فكانت النفقة على الام فان كان له أم وأخ لاب وأم وعم وهم أغنياء فالرضاع على الأم والأخ اثلاثا بحسب الميراث ولا شيء من ذلك على العم لانه ليس بوارث مع الأخ والغرم مقابل بالغنم وانما يستحق على من يكون الغنم له اذا مات الولد والحاصل ان بعد الأب النفقة على كل ذي رحم محرم اذا كانوا أغنياء على حسب الميراث ومن كان منهم فقيراً لم يجبر على النفقة فان تطوع بشيء فهو أفضل فان كانت الأم فقيرة وللولد عمة وخالة غنيان فالنفقة عليهما أثلاثا على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث لان الام الفقيرة كالمعدومة وبعدها الميراث بين العمة والخالة أثلاثا فكذا النفقة عليهما وعلى هذا لو كان له ابن عم هو وارثه فان ابن العم ليس بذي رحم محرم فلا شيء عليه من النفقة بل يجعل هو في حق النفقة كالمعدوم وتكون النفقة على العمة والخالة أثلاثا

وان كان الميراث لابن العم وكذلك كل عصبة ليس بذى رحم محرم فلا نفقة عليه وان كان الميراث له الا ترى ان مولى العتاقة عصبة في حق الميراث ولا نفقة عليه فكذلك من ليس بمحرم من الاقارب ﴿قال﴾ ويؤمر الموسر والوسط لولده اذا كانوا أكثر من واحد بخادم فان لم يكفهم فخادمان يتوماان عليهم في خدمتهم لان هذا من جملة كفايتهم فتكون على الاب كالنفقة والكسوة الا أن المعسر عاجز عن ذلك والتكليف بحسب الوسع فأما الموسر ووسط الحال يقدر على ذلك فيؤمر من ذلك بما تقع به الكفاية ﴿قال﴾ فان تزوجت الام فللأب أن يأخذ الولد منها لقوله صلى الله عليه وسلم مالم تتزوجى فانما جعل الحق لها الي أن تتزوج وحكم مابعد الغاية بخالف لما قبل ذلك ولانها لما تزوجت فقد اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد والولد في العادة يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الام فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها ﴿قال﴾ وأم الام في ذلك سواء بمنزلة الام بعدها لان حق الحضانة بسبب الامومة وهى أم تدلى بأم فهى أولى من أم الاب لانها تدلى بقرابة الأب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب ﴿قال﴾ ويستوى ان كانت الام مسلمة أو كتابية أو مجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين على ماقيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى ومن مشايخنا من يقول اذا كانت كافرة فعقل الولد فانه يؤخذ منها جارية كانت أو غلاما لانه مسلم باسلام الاب وانها تعلمها الكفر فلا تؤمن من الفتنة اذا تركت عندها فلهذا تؤخذ منها فان كان لام الام زوج نظرنا فان كان زوجها جد الولد فهى أحق به لان جد الولد يكون مشفقاً عليه ولا يلحقه الاذى والجفاء من جهته وان كان أجنبياً فلا حق لها في الولد كالام اذا تزوجت أجنبيا ﴿قال﴾ وأم الاب بعدها أحق بهم عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الاخت من الاب والام أو من الام أو الخالة أحق من الجدة أم الاب لانها تدلى بقرابة الاب ومن سمينا بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولكنا نقول هذه أم فى نفسها كأم الام والام مقدمة على غيرها فى الحضانة ثم أصل الشفقة باعتبار الولاد وذلك للجدات دون الاخوات والخالات فلهذا كانت أم الاب أحق وان كان لها زوج فان كان زوجها جد الولد فكذلك وان كان زوجها أجنبيا أو كانت هى ميتة فحق الحضانة الى الاخوات والاخت لأب وأم أولى من الاخت لام وعلى قول زفر رحمه الله تعالى هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء فى ذلك

ولكنا نقول قرابة الاخت لاب وأم من جهتين والشفقة بالقرابة فذو القرابتين يكون أشفق فكان بالحضانة أحق ويجوز أن يقع الترجيح بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لاب وأم مقدم فى العصوبة على الاخ لأب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها ثم الاخت لام تقدم على الاخت لاب لان استحقاق الحضانة بقرابة الام وهي تدلى بقرابة الام والاخرى انما تدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخت لام قال في كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة وفي كتاب الطلاق قال الخالة أولى من الاخت لاب في رواية كتاب النكاح اعتبر قرب القرابة والاخت لاب أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وفي كتاب الطلاق اعتبر المدلى به فقال الخالة تدلى بالام والاخت لاب تدلى بالاب والام فى حق الحضانة مقدمة على الأب فكذلك من يدلى بقرابة الام يكون مقدما على من يدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخوات بناتهن على الترتيب الذى ذكرنا في الاخوات وبنات الاخوات فى الحضانة أحق من بنات الاخوة لان المدلى به فى بنات الاخوة لم يكن له حق فى الحضانة بخلاف بنات الاخوات ثم بعدهن الخالة لاب وأم ثم بعدها الخالة لأب والدليل على ثبوت حق الحضانة للخالات ماروى أن علي بن أبي طالب وجعفرا وزيد بن حارثة رضى الله عنهم اختصموا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابنة حمزة رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه بنت عمى فأنا أحق بها وقال جعفر رضى الله عنه ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بن حارثة رضى الله عنه ابنة أخي آخيت بيني وبينه يارسول الله فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لجعفر رضى الله عنه فقال الخالة أم والترتيب في الخالات على قياس الترتيب في الاخوات وهن أحق بالحضانة من العمات لان الخالة تدلى بالأم والعمة تدلى بالاب واستحقاق الحضانة بقرابة الام فلهذا قدمت الخالة فى ذلك على العمة ثم بعد الخالات العمات فالتى من الاب والام تقدم ثم بعدها التى من الام ثم التى من الاب على قياس الخالات وبنت الاخ أولى من العمات لان كل واحدة منهما تدلى بمن لا حق له فى الحضانة ولكن بنت الاخ أقرب والخالة أولى من بنت الاخ لان الخالة تدلى بمن لها حق فى الحضانة وهى الام وابنة الاخ تدلى بمن ليس له حق في الحضانة فلهذا كانت الخالة أحق

﴿ قال ﴾ وليس لمن سوى الام والجدتين حق في الولد اذا أكل وشرب ولبس وحده جارية كانت أو غلاما لان ترك الجارية عند الام والجدتين لتمام أعمال داخل البيت وانما يتأتى

ذلك بالاستخدام وللأم والجدتين حق الاستخدام وليس لغيرهن ممن سمينا حق الاستخدام ولا يحصل مقصود تمام الاعمال الا بذلك فلهذا أخذ منهن ثم بعدما استغنى الغلام أو حاضت الجارية عند الام والجدتين او استغنت عند غيرهن فالاب أحق بالولد ثم بعده الجدات لاب ثم الاخ من الاب والام ثم الاخ من الاب لان ولاية الضم الى نفسه بعد هذا باعتبار العصوبة فمن يكون مقدما في العصوبة من ذى الرحم المحرم أولى بذلك وقد بينا ترتيب العصبات فى أول الكتاب ولا حق لابن العم فى ذلك لانه رحم غير محرم فلا يؤمن منه أن يطمع فيها فلهذا لا يكون له ان يضمها وان كانت ولاية التزويج له باعتبار العصوبة ﴿ قال ﴾ واذا اجتمع أخوة لاب وأم فأفضلهم صلاحا وورعا أحق به لان ضمه الى أقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى أبينهم صلاحا أنفع للولد لانه يتخلق بأخلاقه فان كانوا في ذلك سواء فأكبرهم أحق لقوله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر ولان حق أكبرهم أسرع ثبوتا فعند التعارض يترجح ذلك وكذلك الاعمام بعد الاخوة ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مفسدا مخوفا عليه فحينئذ له ان يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله فانه بعد مابلغ رشيدا لا يبقى للاب يد فى ماله فكذلك فى نفسه واذا بلغ مبذرا كان للاب ولاية حفظ ماله فكذلك له ان يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه فانه يعير بفساد ولده فأما الجارية اذا كانت بكرا فللاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانها لم تختبر الرجال فتكون سريعة الانخداع فاما اذا كانت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى لانها قد اختبرت الرجال وعرفت كيدهم ومكرهم فليس للاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لان ولايته قد زالت بالبلوغ وانما بقى حق الضم فى البكر لانها عرضة للفتنة وللانخداع وذلك غير موجود فى حق الثيب والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للولى مع الثيب أمر وقال صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها يعنى فى التفرد بالسكنى ولكن هذا اذا كانت مأمونة على نفسها وذكر فى كتاب الطلاق أن الثيب اذا كانت مخوفة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها الى نفسه لبقاء الخوف وقد بينا أن ولاية الضم فى البكر لكونها مخوفا عليها فاذا وجد ذلك فى حق الثيب كان له أن يضمها الى نفسه وأما البكر فان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله أن يضمها اليه أيضا لانه مشفق عليها فيقوم بحفظها وان كانت لا تبلغ شفقته

شفقة الاب بمنزلة ولاية التزويج يثبت للعم والاخ بعد الاب والجد فان كان أخوها أو عمها مفسداً مخوفا لم يخل بينه وبينها لان ضمها اليه لدفع الفتنة فاذا كان سببا للفتنة لم يكن له حق ضمها اليه بل يجعل هو كالمعدوم فتكون ولاية النظر بعد ذلك الى القاضي ينظر امرأة من المسلمين ثقة فيضمها عندها وكما يثبت للقاضي ولاية النظر في مالها عند عجزها عن ذلك فكذلك في حق نفسها فان كانت البكر قد دخلت في السن فاجتمع لها رأيها وعقلها وأخوها أو عمها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يخاف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها ﴿قال﴾ وأم الولد اذا أعتقها مولاها في الولد بمنزلة الحرة المطلقة لان ثبوت هذا الحق للأم باعتبار شفقتها على الولد وذلك موجود في حق أم الولد بل شفقتهن على أولادهن أظهر من شفقة الحرائر لان الولد كان سبب عتقها الا أن قبل العتق ليس لها حق الحضانة لاشتغالها بخدمة مولاها ولانها مملوكة لا تلي نفسها وحق الحضانة نوع ولاية فكما لا يثبت سائر الولايات للرقيق فكذلك في الحضانة وهذا المعنى يزول بالعتق فكانت في الحضانة بعد العتق كالحرة الاصلية ﴿قال﴾ والامة اذا فارقها زوجها فان الولد رقيق لمولى الامة يأخذهم المولى وهو أولى بهم من الاب لان الولد تبع الام في الملك والمملوك مالكه أحق من غيره وكذلك اذا كان الزوج حراً لم يفارق أمه فالمولى أولى بالولد لكونه مملوكا له ولكن لا ينبغي أن يفرق بين الولد الصغير وبين امه لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم القيامة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب متاع البيت ﴾

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالدرع والخمار والمغازل وماأشبه ذلك فهو للمرأة وما كان للرجال كالسلاح والقباء والقلنسوة والمنطقة والطيلسان والسراويل والفرس فهو للرجل وما كان للرجال والنساء كالخادم والعبد والشاة والفرش فهو للرجل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كانا حيين وان مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي منهما وورثة الميت فهو للباقي منهما أيهما كان وقال محمد رحمه الله تعالى

مايصلح للرجال والنساء فهو للرجل ان كان حيا ولورثته ان كان ميتاً وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تعطي المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل استحسن ذلك وقال ابن أبي ليلى مايصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وانما لها مايصلح للنساء خاصة وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجل الا ما على المرأة من ثياب بدنها وقال زفر رحمه الله تعالى المتاع بينهما نصفان اذا لم تقم لواحد منهما بينة وهو قول مالك رحمه الله تعالى وأحد أقاويل الشافعي رضي الله تعالى عنه وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ماعلى الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له لان يد صاحب البيت على مافي البيت أقوى وأظهر من يدغيره ولان المرأة ساكنة البيت الا ترى انها تسمى قعيدة فاذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد ومن يقول المتاع كله للزوج قال لان المرأة في يد الزوج فما في يدها يكون في يد الزوج أيضاً الا ترى انه صاحب البيت وان المنزل يضاف اليه ولهذا لو تنازع رجلان في امرأة وهي في بيت أحدهما فأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ويكون هذا بمنزلة الاجير مع المستأجر اذا اختلفا في متاع الحانوت فالقول قول المستأجر وليس للاجير الا ماعليه من ثياب بدنه فهذا مثله ومن يقول الكل بينهما نصفان يقول استويا في سبب الاستحقاق لانهما ساكنان في البيت فالبيت مع مافيه يكون في يدهما ولا معتبر في الدعوى والخصومات بالشبه الا ترى ان اسكافا وعطاراً لو تنازعا في آلات الاسكافة أو آلات العطارين وهو في أيديهما قضي بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما وهذا لان الانسان قد يتخذ الشيء لاستعماله وقد يتخذه ليتجر فيه فكذلك هذا ومن يقول ان المشكل بينهما يقول لكل واحد منهما فيما يصلح له نوع ترجيح من حيث ان الظاهر انه هو الذي اتخذه لاستعماله فيترجح به كما لو تنازع صاحب الدار مع سكانها في لوح موضوع في الدار ونقشه يشبه نقش الالواح التي في السقف وموضعه من السقف ظاهر فان القول قول صاحب الدار لاجل شهادة الظاهر له وان لم يكن بهذه الصفة فالقول قول الساكن كسائر الامتعة فاما في المشكل لا ترجيح لواحد منهما فيعتبر فيه المساواة في سبب الاستحقاق فيكون بينهما نصفان وأما أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول القياس ان يكون الكل للزوج لان المرأة مع مافي يدها في يد الزوج الا أن الظاهر انها لا تزف الى

بيت زوجها الامع جهاز مثلها في مقدار جهازمثلها يترك القياس للعرف الظاهر ويجعل ذلك لها وفيما زاد على ذلك القول قول الزوج بطريق القياس الذى قلنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجل وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتى لو تنازع رجلان فى ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لاحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل فى الطلاق لانه صاحب البيت فقد كانت هى مع المتاع في يده فأما بعد موت أحدهما قال محمد رحمه الله تعالى ورثة الزوج يقومون مقام الزوج فكما أن في المشكل القول قوله فى حياته فكذلك بعد موته القول قول ورثته وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يد الباقى منهما الى المتاع أسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد لصلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقى منهما يد نفسه ويد الوارث قائمة مقام يد مورثه فلهذا النوع من الترجيح كان المشكل للباقي منهما أيهما كان وما كان من متاع التجارة والرجل معروف بتلك التجارة فهو للرجل والجبة المحشوة وجبة القز والخز والبرود فهو للرجل اذا كانت ذات لبة لان هذا مما يستعمله الرجال دون للنساء والمستقة والبر كان المعلم مما يكون للرجال والنساء جميعا وان كان أحد الزوجين حراً والآخر مملوكا أو مكاتباً فالمتاع للحر منهما أيهما كان فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هذا وما لو كانا حرين سواء على مابينا فى الفصل الاول من قول كل واحد منهما وانما نص على هذا الخلاف فى الجامع الصغير وجه قولهما أن المملوك بمنزلة الحر في الاستحقاق باليد لان له يدا معتبرة ألا ترى أنه لو تنازع حر ومملوك فى متاع في يدهما كان بينهما نصفان ولا تترجح يد الحر بحريته فكذلك هذا ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول يد الحر أقوي فانها يد ملك ويد العبد ليست بيد ملك فكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد يقع بالقرب من الاستعمال بخلاف سائر الدعاوى والخصومات فكذلك يقع الترجيح هنا بقوة اليد بالحرية توضيحه أن يد الحر يد نفسه ويد العبد من وجه كأنها يد مولاه وقد بينا أن الترجيح هنا باعتبار أن يده يد نفسه كما بعد موت أحدهما وان كان أحدهما كافراً والآخر مسلما فالمسلم والكافر فى

ذلك سواء لانهما في قوة اليد يستويان فان يد كل واحد منهما يد نفسه وهي يد ملك يستويان في الاستحقاق ويستوى ان وقعت المنازعة بينهما في حال قيام النكاح أو بعد وقوع الفرقة بأى وجه وقعت الفرقة بينهما سواء كانت الفرقة من قبل الزوج أو من قبل المرأة وان كانت أمة فأعتقت فاختارت نفسها فما عرف أنه كان في البيت قبل أن تعتق فهو للرجل عند أبى حنيفة بمنزلة ما لو وقعت المنازعة في ذلك قبل عتقها وما أحدثا بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما بينا في الطلاق لان يدها بالعتق تقوى فتستوى بيد الرجل فيما أحدث بعد العتق ﴿قال﴾ فان كان له نسوة فوقع الاختلاف بينه وبينهن فان كن في بيت واحد فمتاع النسوة بينهن سواء للمساواة بينهن في سبب الاستحقاق وهو العرف من الاستعمال وقوة اليد بنفسه وان كانت كل واحدة منهن في بيت واحد فما في بيت كل واحدة منهن بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشارك بعضهن بعضا لانه لا يد لكل واحدة منهن فيما في بيت صرتها فلا تستحق شيئاً من ذلك الا بحجة ﴿قال﴾ واذا أقرت المرأة بمتاع أن الرجل اشتراه فهو للرجل لان الشراء سبب موجب للملك وقد أقرت له بمباشرة هذا السبب ولان ما أقرت به كالمعاين ولو عاينا اشترى شيئاً كان ذلك مملوكا له فكذلك اذا أقرت هي بشرائه ﴿قال﴾ واذا مات الرجل فقالت الورثة للمرأة قد كان طلقك في حياته ثلاثا وأرادوا أن يأخذوا منها المشكل لم نصدقوا على ذلك وهذا التفريع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه يقول اذا وقعت الفرقة بالطلاق فى المشكل القول قول الزوج واذا وقعت بالموت فى المشكل القول قول الباقى منهما ثم هنا الورثة يدعون طلاقا لم يظهر سببه فلا تقبل قولهم فى ذلك الا بحجة الا ترى انهم لو أرادوا منع ميراثها بهذه الدعوى لم تقبل قولهم في ذلك ولان القول قولها بعد ما تحلف بالله انها ما تعلم انه طلقها لانها لو أقرت بالطلاق لزمها فاذا أنكرت حلفت عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان علم انه طلقها فى صحته ثلاثا ثم مات أو طلقها في مرضه ثلاثا ثم مات بعد انقضاء العدة فى المشكل القول قول ورثة الزوج لانها صارت أجنبية بهذا الطلاق ولو وقعت المنازعة بينهما فى المشكل بعد الطلاق كان القول فيه قول الزوج فكذلك بعد موته القول فيه قول ورثته وان مات قبل ان تنقضى العدة فهو للمرأة لان الطلاق في المرض لايجعلها أجنبية مالم تنقضى عدتها الا ترى انها ترثه بالزوجية اذا مات فكان هذا ومالو وقعت الفرقة بينهما

بالموت

بالموت سواء فلهذا كان القول في المشكل قولها وان كانا مملوكين أو مكاتبين أو كافرين فالقول في المتاع على ما وصفنا في الحرين المسلمين لان هذا من باب الدعوى والخصومة والكفار والمماليك في ذلك يستوون بالاحرار المسلمين كما في سائر الخصومات والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب القسمة بين النساء

اعلم بان الزوج مأمور بالعدل في القسمة فيما بين النساء وذلك ثابت بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة الى قوله ذلك أدنى أن لا تعولوا معناه ان لا تجوروا وذكر الشافعي رحمه الله تعالى في أحكام القرآن ان معناه ان لا تكثر عيالكم وهذا مخالف لقول السلف فالمنقول عنهم أن لا تميلوا ومع ذلك فهو خطأ من حيث اللغة فانه لو كان المراد كثرة العيال لكان يقول ان لا تعيلوا يقال عال اذا مال وأعال اذا صار معيلا ومن حيث المعنى كذلك أيضا غلطا فانه أمر بالاكتفاء بالواحدة واتخاذ ما بينا من ملك اليمين عند هذا الجور ومعنى كثرة العيال ووجوب النفقة يحصل في ملك اليمين كما يحصل في ملك النكاح وانما ينعدم في ملك اليمين استحقاق التسوية في القسمة وأما السنة فما روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسمة بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من زيادة المحبة لبعضهن وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من كانت له زوجتان فمال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولان النساء رعاياه الا ترى انه يحفظهن وينفق عليهن وكل راع مأمور بالعدل في رعيته واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله كلكم راع وكلكم مسؤل عن رعيته اذا عرفنا هذا فنقول اذا كان للرجل الحر أو المملوك امرأتان حرتان فانه يكون عند كل واحدة منهما يوما وليلة وان شاء ان يجعل لكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل لان المستحق عليه التسوية فاما في مقدار الدور فالاختيار اليه وهذه التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لا في المجامعة لان ذلك ينبني على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه فهو نظير المحبة في القلب وروى عن الاشعث بن الحكم رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لام سلمة رضي الله عنها حين دخل

بها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن زاد في بعض الروايات ان شئت ثلثت لك وثلثت لهن
وفي رواية وان شئت ثلثت لك ثم درت وبهذا الحديث أخذ علماؤنا فقالوا الجديدة والقديمة
في حكم القسم سواء بكراً كانت الجديدة أو ثيبا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كانت بكراً
يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيباً فثلاث ليال ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبي هريرة رضى
الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث ولان القديمة
قد ألفت صحبته وأنست به والجديدة ما ألفت ذلك بل فيها نوع نفرة ووحشة فينبغي أن
يزيل ذلك عنها بعض الصحبة لتستوي بالقديمة في الالف ثم المساواة بعد ذلك فاذا كانت
بكراً ففيها زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال واذا كانت ثيبا فهي قد صحبت الرجال
وانما لم تصحبه خاصة فيكفيها ثلاث ليال لتأنس بصحبته وحجتنا في ذلك أن سبب وجوب
التسوية اجتماعها في نكاحه وقد تحقق ذلك بنفس العقد ولو وجب تفضيل إحداهما كانت
القديمة أولى بذلك لان الوحشة في جانبها أكثر حيث أدخل غيرها عليها فان ذلك يغيظها
عادة ولان للقديمة زيادة حرمة بسبب الخدمة كما يقال لكل جديد لذة ولكل قديم حرمة
وأما الحديث فالمراد التفضيل بالبداية دون الزيادة كما ذكر في حديث أم سلمة رضى الله
تعالى عنها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن وقوله ان شئت ثلثت لك ثم درت أي أخبرت
بمثل ذلك على كل واحدة منهن ونحن نقول به ان للزوج أن يبدأ بالجديدة لما له في ذلك
من اللذة ولكن بعد أن يسوى بينهما ﴿قال﴾ والمسلمة والكافرة والمراهقة والمجنونة والبالغة
في استحقاق القسم سواء للمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح فلا
ينبغى أن يقيم عند إحداهن أكثر مما يقيم عند الاخرى الا أن تأذن له فيه لما روى أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه في مرضه أن يكون في بيت عائشة رضى
الله تعالى عنها فأذنّ له في ذلك فكان في بيتها حتى قبض صلى الله عليه وسلم ففي هذا
دليل على أن الصحيح والمريض في القسم سواء لان النبي صلى الله عليه وسلم في أول
مرضه كان يكون عند كل واحدة منهن ثم لما شق ذلك عليه استأذنهنّ في أن يكون عند
عائشة رضى الله تعالى عنها فدل ذلك على أن الصحيح والمريض سواء وأن عند الاذن له
أن يقيم عند احداهن فأما الامة والمكاتبة والمدبرة وأم الولد تكون زوجة الرجل فيتزوج
عليها حرة فللحرة يومان وللامة يوم واحد لحديث علي رضى الله تعالى عنه على ماروينا

قال وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث ولان حل الامة على النصف من حل الحرة واستحقاق القسم باعتبار ذلك والرق في المكاتبة والمدبرة وأم الولد قائم ﴿قال﴾ وان سافر الرجل مع احدى امرأتيه لحج أو غيره فلما قدم طالبته الثانية أن يقيم عندها مثل المدة التي كان فيها مع الاخرى في السفر لم يكن لها ذلك ولم يحتسب عليه بأيام سفره مع التي كانت معه ولكنه يستقبل العدل بينهن والكلام هنا في فصلين أحدهما ان له أن يسافر بأيتهما شاء من غير اقراع بينهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ذلك الا أن يقرع بينهما لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه قالت عائشة رضى الله عنها وأصابتني القرعة في السفرة التي أصابني فيها ما أصابني وحجتنا في ذلك أنه لا حق للمرأة في القسم عند سفر الزوج ألا ترى ان له أن يسافر ولا يستصحب واحدة منهن فليس عليه التسوية بينهن في حالة السفر وانما كان يفعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وبه نقول ان ذلك مستحب للزوج ثم اذا سافر ببعضهن ليس للباقين بعد الرجوع الاحتساب عليه بتلك المدة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان سافر ببعضهن بغير اقتراع فذلك محسوب عليه في حق الاخرى بناء على أصله أن الاقراع مستحق عليه فاذا لم يفعل ذلك كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي أن يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وقد بينا أنه لا حق للمرأة في القسم في حال سفر الزوج فلا يلزمه مراعاة التسوية باعتبار تلك المدة كما اذا سافر بها بالقرعة الا ترى انه في حالة الحضر لا فرق بين ان تكون البداية باقراع أو بغير اقراع فكذلك في السفر ﴿قال﴾ ولو أقام عند إحداهما شهراً ثم خاصمته الأخرى في ذلك قضى عليه ان يستقبل العدل بينهما وما مضى فهو هدر غير انه هو فيه آثم لان القسمة تكون بعد الطلب من كل واحدة منهما فما مضى قبل الطلب ليس من القسمة في شئ والواجب عليه العدل في القسمة الا ترى أن ما مضى قبل نكاح احداهما لا يعتبر في حق التي جدد نكاحها فكذلك ما مضى قبل طلبها ﴿قال﴾ فان عاد الى الجور بعد مانهاه القاضي أوجعه عقوبة وأمره بالعدل لانه أساء الأدب فيما صنع وارتكب ماهو حرام عليه وهو الجور فيعزر في ذلك ويؤمر بالعدل ﴿قال﴾ ولو كان عند الرجل امرأة قد دخلت في سنها أي كبرت

فأراد ان يستبدل بها شابة فطلبت ان يمسكها ويتزوج بالأخرى ويقيم عند التى تزوج أياما ويقيم عندها يوما وتزوج على هذا الشرط كان جائزاً لا بأس به لقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما الآية قال على رضى الله عنه انما نزلت هذه الآية فى هذا وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة رضى الله عنها حين طعنت فى السن اعتدى فسألته لوجه الله تعالى ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها لكي تحشر يوم القيامة مع أزواجه صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن ففعل ﴿قال﴾ ولا بأس بأن يقيم الرجل عند احدى امرأتيه أكثر مما يقيم عند الاخرى اذا أذنت له لما روينا من الحديث فى مقامه صلى الله عليه وسلم فى بيت عائشة رضى الله عنها باذنهن رضى الله عنهن ولقول ابن عباس رضى الله عنه فى قوله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء الآية قال هذا فى الحب فاما فى القسم فينبغى ان يعدل ولا يفضل احداهما الا باذن الاخرى وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً مثل قول على رضى الله تعالى عنه وكان المعنى فيه أن التى رضيت أسقطت حق نفسها وهي من أهل أن تسقط حقها الا أن هذا الرضا ليس يلزمها شيئا حتى اذا أرادت أن ترجع وتطالب بالعدل فى القسم فلها ذلك ﴿قال﴾ واذا أقام عند امرأته الامة يوما ثم أعتقت لم يقم عند الحرة الاخرى الا يوما واحداً لأن المعتقة استوت بالحرة فى السبب فعليه مراعاة التسوية بينهما فى القسم وتجعل حريتها عند انتهاء النوبة اليها بمنزلة حريتها عند ابتداء النوبة ولو أقام عند الحرة يوما ثم أعتقت تحول عنها الى المعتقة لانها قد استوت بها فليس له أن يفضل الحرة بشئ بعد ما استوت المعتقة بها ﴿قال﴾ واذا كان للرجل امرأة واحدة فكان يقوم الليل ويصوم النهار فاستعدت عليه امرأته فإنه يؤمر بأن يبيت معها ويفطر لها وبلغنا عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لكعب بن سور اقض بينهما فقال أراها احدى نسائه الاربع لهن ثلاثة أيام ولياليها ولها يوم وليلة وقصة هذا الحديث أن امرأة جاءت الى عمر رضى الله تعالى عنه وقالت ان زوجي يصوم النهار ويقوم الليل فقال نعم الرجل زوجك فأعادت كلامها مراراً في كل ذلك يجيبها عمر رضي الله عنه بهذا فقال كعب بن سور يا أمير المؤمنين انها تشكو من زوجها في أنه هجر من صحبتها فتعجب عمر رضى الله تعالى عنه من فطنته وقال اقض بينهما فقضى كعب رضى الله تعالى عنه بما ذكر فولاه عمر رضى الله تعالى

عنه نضاء البصرة ثم فى ظاهر الرواية لايتعين حقها فى يوم وليلة من كل أربع ليال ولكن يؤمر الزوج بأن يراعى قلبها ويبيت معها أحيانا . وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال اذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام أو بصحبة الاماء فخاصمته فى ذلك قضى القاضى لها بليلة من كل أربع ليال لحديث كعب بن سور ولان للزوج أن يسقط حقها عن ثلاث ليال بأن يتزوج ثلاثا سواها وليس له أن يسقط حقها أكثر من ذلك وجه ظاهر الرواية أن القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن فى نكاحه الا واحدة أرأيت لو كان تحته أربع نسوة أكان يستحق عليه يوم وليلة من أربعة لكل واحدة منهن فلا يشتغل بالصيام والقيام أبدا حتى لا يصوم لا رمضان ولا غيره هذا ليس بشئ والصحيح أنه يؤمر بأن يؤنسها بصحبته أحيانا من غير أن يكون فى ذلك شئ مؤقت وهذا لان عند المزاحمة تلحق كل واحدة منهما المغايظة لمقامه عند الاخرى فيستحق عليه التسوية ولايوجد ذلك عند عدم المزاحمة ﴿ قال ﴾ واذا تزوج امرأتين على أن يقيم عند احداهما يوما والاخرى يومين ثم طلبت التى لها اليوم أن يعدل بينهما فلها ذلك لما بينا أنها رضيت بترك العدل فيما مضى من المدة فلا يلزمها ذلك فى المستقبل شيئا ولان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع وهو باطل لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ﴿ قال ﴾ والمجبوب والخصى والعنين فى القسمة سواء بين النساء لما بينا أن وجوب القسم والعدل للصحبة والمؤانسة دون المجامعة وحال هؤلاء فى هذا كحال الفحل وكذلك الغلام الذى لم يحتلم اذا دخل بامرأتين فانه يسوى بينهما فى القسم لان وجوب التسوية لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب كما تتوجه على البالغين ﴿ قال ﴾ واذا جعلت المرأة لزوجها جعلا على أن يزيدها في القسم يوما ففعل لم يجز وترجع فى ماله لانها رشته على أن يجور والرشوة حرام وهذا بمنزلة الرشوة في الحكم وهو من السحت فلهذا تسترد ما أعطت وعليه التسوية في القسم وكذلك لو حطت له شيئا من المهر على هذا الشرط أو زادها الزوج فى مهرها أو جعل لها جعلا على أن تجعل نوبتها لفلانة فهذا كله باطل لانها بهذا لا يملك الزوج شيئا فلا تستوجب عليه المال بمقابلته ولانها أخذت الرشوة على أن

ترضى بالجور وذلك حرام فكان الجعل مردوداً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة ذوي الارحام

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه ويجبر الرجل الموسر على نفقة أبيه وأمه اذا كانا محتاجين لقوله تعالى ولا تقل لهما أف نهى عن التأفيف لمعنى الأذى ومعنى الأذى فى منع النفقة عند حاجتهما أكثر ولهذا يلزمه نفقتهما وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى فى الكد والتعب أكثر منه فى التأفيف وقال صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده لمن كسبه فكلوا مما كسب أولادكم واذا كان الاولاد ذكوراً واناثا موسرين فنفقة الابوين عليهم بالسوية في أظهر الروايتين وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الارحام ووجه الرواية الاخرى أن استحقاق الابوين النفقة باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد كما قال صلي الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وفى هذا الذكور والاناث سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة ﴿ قال ﴾ وان كان الولد معسرا وهما معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا فى الحال لم يكن أحدهما بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر الا انه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الأب الى نفسه لانه لو لم يفعل ضاع الأب ولو فعل ذلك لا يخشى الهلاك على الولد والانسان لا يهلك على نصف بطنه ﴿ قال ﴾ وكذلك الجد أب الاب والجدة أم الأم وأم الأب لانهم من الوالدين وحالهم فى استحقاق النفقة كحال الابوين الا ترى ان التأويل في مال النافلة يثبت للجد عند عدم الاب كما يثبت للاب ﴿ قال ﴾ ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار لقوله عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك ولان الولد جزء من الاب فتكون نفقته عليه كنفقته على نفسه ثم في ظاهر الرواية لا يشارك الاب في النفقة أحد وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهما من الولد فأما في ظاهر الرواية كما لا يشارك

الاب في مؤنة الرضاع أحد فكذلك في النفقة وهذا اذا كان الاب موسراً فان كان معسراً والام موسرة أمرت بأن تنفق من مالها على الولد ويكون ذلك دينا على الاب اذا أيسر وكذلك الاب اذا كان معسراً وله أخ موسر فان الاخ وهو عم الولد يعطى نفقة الولد ويكون ذلك دينا على الاب له اذا أيسر لان استحقاق النفقة على الأب ولكن الانفاق لايحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله فى أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك دينا عليه اذ أيسر والذى قلنا فى الصغار من الاولاد كذلك في الكبار اذا كن إناثا لان النساء عاجزات عن الكسب واستحقاق النفقة لعجز المنفق عليه عن كسبه وان كانوا ذكوراً بالغين . يجبر الاب على الانفاق عليهم لقدرتهم على الكسب الا من كان منهم زمنا أو أعمى أو مقعداً أو أشل اليدين لاينتفع بهما أو مفلوجا أو معتوها فحينئذ تجب النفقة على الوالد لعجز المنفق عليه عن الكسب وهذا اذا لم يكن للولد مال فاذا كان للولد مال فنفقته فى ماله لانه موسر غير محتاج واستحقاق النفقة على الغنى للمعسر باعتبار الحاجة اذ ليس أحد الموسرين بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر بخلاف نفقة الزوجة فان استحقاق ذلك باعتبار العقد لتفريغها نفسها له فتستحق موسرة كانت أو معسرة فاما الاستحقاق هنا باعتبار الحاجة فلا يثبت عند عدم الحاجة ﴿ قال ﴾ فان كان مال الولد غائباً أمر الاب بان ينفق عليه من ماله على ان يرجع فى مال الولد اذا حضر ماله لكنه ان أشهد فله ان يرجع فى الحكم وان أنفق بغير اشهاد لكن على نية الرجوع فله ان يرجع فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحكم ليس له ذلك لان الظاهر انه يقصد التبرع بمثل هذا والقاضى يتبع الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى فله ان يرجع لان الله تعالى عالم بما فى ضميره ﴿قال﴾ وكذلك يجبر على نفقة كل ذى رحم محرم منه الصغار والنساء وأهل الزمانة من الرجال اذا كانوا ذوى حاجة عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاتجب النفقة على غير الوالدين والمولودين وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى تجب النفقة على كل وارث محرما كان أو غير محرم واستدل بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولكنا نقول قد بينا ان فى قراءة ابن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك والشافعى رحمه الله تعالى يبنى على أصله فان عنده استحقاق الصلة باعتبار الولاد دون القرابة حتى لايعتق أحد على أحد الا الوالدين والمولودين عنده وجعل قرابة الاخوة فى ذلك كقرابة بني الاعمام فكذلك فى حق استحقاق

النفقة وفيما بين الآباء والاولاد الاستحقاق بعلة الجزئية دون القرابة وحمل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك على نفي المضارة دون النفقة وذلك مروى عن ابن عباس رضي الله عنه ولكنا نستدل بقول عمر وزيد رضى الله عنهما فانهما قالا وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة ثم نفي المضارة لايختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث على ان الكناية في قوله ذلك تكون عن الأبعد واذا أريد به الاقرب يقال هذا فلما قال ذلك عرفنا أنه منصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعنى فيه أن القرابة القريبة يفترض وصلها ويحرم قطعها قال صلى الله عليه وسلم ثلاث معلقات بالعرش النعمة والامانة والرحم تقول النعمة كفرت ولم أشكر وتقول الامانة خونت ولم أرد وتقول الرحم قطعت ولم أوصل وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى أولئك الذين لعنهم الله ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه يؤدى الى قطيعة الرحم ولهذا اختص به ذو الرحم المحرم لان القرابة اذا بعدت لا يفترض وصلها ولهذا لا تثبت المحرمية بها وكذلك المرأة الموسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الاقارب لان هذا الاستحقاق بطريق الصلة يستوى فيه الرجال والنساء كالعتق عند الدخول في الملك ﴿قال﴾ ولا يجبر المعسر على نفقة أحد الا على نفقة الزوجة والولد الصغير أما استحقاق نفقة الزوجة باعتبار العقد وأما الاولاد الصغار فلأنهم اجزاؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذلك نفقة أولاده والاصل فيه قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فأما نفقة الاقارب استحقاقها بطريق الصلة فتكون على الموسرين دون المعسرين كالزكاة وعلى هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى من لم يكن له فضل على حاجته مقدار ما تجب فيه الزكاة لا تلزمه نفقة الاقارب الا أنه يروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال اذا كان كسبه كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله أربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل الى أقاربه لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدى لتيسير الاداء وتيسر الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته ﴿قال﴾ واذا امتنع الاب من الانفاق على أولاده الصغار يحبس في ذلك بخلاف سائر الديون فان الوالد غير محبوس فيه لوجهين أحدهما أن النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع يكون قاصداً الى اتلافه والاب يستوجب العقوبة عند قصده الى اتلاف ولده كما لو عدى عليه بالسيف كان له أن يقتله دفعاً له بخلاف سائر الديون

لا تسقط بتأخير الاداء والنفقة لا تصير دينا بل تسقط بمضى الوقت فيستوجب الحبس اذا امتنع من الاداء وهو نظير ما قلنا أن من جارفى القسم يوجع عقوبة واذا امتنع من ايفاء حق آخر لا يحبس لان ذلك الحق لا يسقط بتأخير الاداء وما جار فيه من الزمان لا يصير دينا فيوجع عقوبة ليمتنع من الجور ﴿قال﴾ ومن كان له مسكن أو خادم ليس له غيره وهو محتاج تحل له الصدقة فعلى الموسر من ذى الرحم المحرم نفقته وقال الخصاف فى كتابه بعد ما روى هذا عن محمد رحمه الله تعالى وقال غيره ليس عليه نفقته ولكن يقال له بع مسكنك وخادمك وأنفق على نفسك لانه يمكنه أن يكتفى بمنزل يكرى فأما فى ظاهر الرواية المنزل والخادم من أصول حوائجه فانه لابد له من ذلك فلا ينعدم بملكها حاجته ﴿قال﴾ ولا يقضى بالنفقة فى مال أحد ممن ذكرنا اذا كان رب المال غائبا أو مفقودا ما خلا الوالدين والزوجة فانى أقضى لهم من مال الغائب والحاصل ان ما كان مختلفا فيه فلا يتقوى الا بقضاء القاضى وليس للقاضى أن يوجد القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده فيأخذ ذلك من غير قضاء القاضي وللقاضى ان يعينه على ذلك اذا كان صاحب المال حاضراً أو غائبا والسبب معلوما للقاضى الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند رضى الله عنها خذى من مال أبي سفيان رضى الله عنه مايكفيك وولدك بالمعروف وهو كان غائبا وقال في كتاب المفقود وان استوثق منه بكفيل فحسن لجواز ان يكون أخذ النفقة أو بعث الغائب بنفقته فيقصد الأخذ ثانيا والقاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فاذا كان الغائب عاجزاً عن النظر لنفسه نظر القاضى له بأخذ الكفيل ان شاء وان شاء ضمنهم ذلك ولم يأخذ منهم كفيلا فهو مستقيم أيضاً لانه ليس هنا خصم يطلب من القاضى أخذ الكفيل وانما يجب ذلك على القاضى عند طلب الخصم ﴿قال﴾ فان كان له عند هؤلاء مال فأنفقه على نفسه أجزته ولم أضمنه لانه ظفر بجنس حقه فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عند غيرهم فأعطاهم بغير أمر القاضى حتى أنفقوا كان ضامنا له لانه مأمور بالحفظ ودفعه الى غيره لينفق ليس من الحفظ فيصير به مخالفا ضامنا وهو نظير مالو أراد المودع أن يقضى بالوديعة دين المودع ليس له ذلك ويصير ضامناً ان فعله وان كان صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ﴿قال﴾ وان باع أحد منهم متاع الغائب للنفقة أبطلت بيعه ماخلا الاب المحتاج فانى أجيز بيعه على ولده الغائب فيما سوى العقار استحسانا لما ينفقه على

نفسه ولا يجوز فى العقار الا ان يكون الولد صغيرا وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى كتاب المفقود ﴿ قال ﴾ وكذلك قياس قوله فى المفقود وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز بيع الاب أيضا على ابنه الكبير الغائب فى العقار كما لا يجوز بيع غيره والقياس ماقالا لان ولاية الاب له زالت ببلوغ الصبى عن عقل فيكون هو فى بيع أمواله كغيره يدل عليه ان النفقة لا تكون أوجب من سائر الديون وليس للأب بيع شئ من متاع ولده فى دين له عليه ولا يقضى القاضى بذلك أيضا لما فيه من القضاء على الغائب فكذلك فى النفقة واستحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لا تبيع عروض الولد فى نفقتها فكذلك الاب واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ ولكن بقى أثرها ولهذا صح منه الاستيلاد فى جارية الابن فلبقاء أثر ولايته كان له ان يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العروض يخشى عليه من الهلاك وحفظ الثمن أيسر وولاية الحفظ تثبت لمن يثبت له ولاية التصرف كالوصى فى حق الوارث الكبير الغائب له ولاية الحفظ وبيع العروض فكذلك للاب ذلك وبعد البيع الثمن من جنس حقه فله ان يأخذ منه مقدار النفقة فاما بيع العقار ليس من الحفظ لانه محصن بنفسه فلا يملك ذلك الا بطلق الولاية وهو عند صغر الولد أو جنونه واذا باع عند ذلك أخذ من الثمن نفقته لانه من جنس حقه وبخلاف الام وسائر الاقارب لانه لم تكن لهم ولاية التصرف فى حالة الصغر ليبقى أثر تلك الولاية بعد البلوغ وكذلك ليس لهم ولاية حفظ المال فلهذا لا يجوز منهم بيع العروض ﴿ قال ﴾ ولا يجبر المسلم على نفقة الكفار من قرابته ولا الكفار على نفقة المسلمين من قرابتهم لان هذا الاستحقاق بصلة ولاية الوراثة شرعا وبسبب اختلاف الدين ينعدم التوارث الا الوالدين والولد والزوجة أما استحقاق الزوجة للنفقة بسبب العقد وذلك متحقق مع اختلاف الدين أما فى حق الوالدين والولد القياس أن لا يثبت استحقاق النفقة مع اختلاف الدين لان استحقاقها بطريق الصلة كنفقة الاقارب ولكنه استحسن فقال يجب على الولد المسلم نفقة أبويه الذميين لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتقلب فى نعم الله ويدعهما يموتان جوعا والنوافل والاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين فى ذلك لان استحقاقهم باعتبار الولاد بمنزلة استحقاق الابوين ﴿ قال ﴾ واذا مات الاب وللولد الصغير أم وجد أب الاب فنفقته

عليهما على قدر ميراثهما أثلاثا بخلاف الاب في ظاهر الرواية فانه لا يشاركه فى النفقة أحد لحقيقة الجزئية بينه وبين الولد وذلك لا يوجد فى حق الجد فان اتصال النافلة بواسطة الاب كاتصال الأخ فكما أن فى الاخ والام النفقة عليهما بحسب الميراث اذا كانا موسرين فكذلك فى الجد والام النفقة عليهما بحسب الميراث ﴿قال﴾ وان كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وان كان الميراث لابن العم لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فتكون النفقة عليه اذا كان موسراً ﴿قال﴾ واذا كان الرجل زمنا معسراً وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقين أهل يسار فنفقة الرجل تكون على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لأم اسداسا بحسب ميراثهما منه وأما نفقة الاولاد فعلى الاخ لأب وأم خاصة لان له ميراث الولد عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم فلا يرث معه العم لا ب ولا العم لأم والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل في حكم المعدوم فتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب ميراثه واذا كان الولد بنتا كانت نفقة الاب والبنت على الاخ لأب وأم خاصة أما نفقة البنت فلما بينا وأما نفقة الاب فلأن الوارث هنا هو الاخ لأب وأم خاصة لان الاخ لأب وأم يرث مع البنت والاخ لأم لا يرث مع البنت فلا حاجة الى أن تجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلا بد أن يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب بين الاخ لأب وأم والاخ لأم أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك ﴿قال﴾ وان كان مكان الاخوة أخوات متفرقات فان كان الولد ذكراً فنفقة الاب على أخواته أخماسا لان أحداً من الاخوات لا يرث مع الابن فلا بد من أن يجعل الابن كالمعدوم وبعد ذلك الميراث بينهن أخماسا ثلاثة أخماسه للأخت لأب وأم وخمسه للأخت لأب وخمسه للأخت لأم بطريق الفرض والرد فالنفقة عليهم بحسب ذلك ونفقة الولد على الاخت من الاب والام خاصة في قول علمائنا لان ميراثه اذا مات عند عدم الوالد للعمة لأب وأم خاصة دون العمة لأب أو لأم أما فى قول من يورث العمات المتفرقات كما يورث الاخوات وهو قول أهل التنزيل فنفقة الولد عليهن أيضاً أخماسا بحسب الميراث ومن قال بقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فى الميراث قال نفقة الأب تكون على الأخت لاب

السدس من ذلك والباقي أرباع على الاخت لأب وأم ثلاثة أرباعه وعلى الاخت لأم ربعه بحسب الميراث فانه لا يرى الرد على الاخت لأب مع الاخت لأب وأم فان كان الولد بنتا فنفقة الاب على الاخت لأب وأم خاصة لانها وارثة مع البنات فان الاخوات مع البنات عصبة فلا تجعل البنت كالمعدوم هنا ولكن لو مات الاب كان نصف ميراثه للبنت والباقي للأخت لأب وأم فكذلك نفقته على الاخت لأب وأم وكذلك نفقة البنت فى قولهم جميعا الا في قول أهل التنزيل فانهم يجعلون الميراث بين العمات أخماسا فنفقة البنت عليهن أخماسا أيضاً وأما عندنا ميراث البنت عند عدم الأب كله للعمة لأب وأم فالنفقة عليها أيضاً ثم أشار الى الاصل الذى قلنا انه ينظر الى وارث الاب فان كان يحرز الميراث كله وهو معسر جعلته كالميت ثم نظرت الى من يرثه فجعلت النفقة عليهم على قدر ميراثهم فان كان الذى يرثه لا يحرز الميراث كله جعلت النفقة على من يرث معه ﴿قال﴾ امرأة معسرة ولها ولد موسر وأم موسرة فنفقتها على الولد دون الام وكذلك الاب نفقته على ابنه دون أبيه للتأويل الثابت له فى مال ولده بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك ولا يوجد ذلك في حق الوالد ولا فى حق الام وكما لا يشارك الوالد في النفقة على الولد أحد فكذلك لا يشارك الولد فى النفقة على الوالدين أحد من أم ولا أب ولا جد ﴿قال﴾ ويجبر أهل الذمة فيما بينهم على النفقة كما يجبر أهل الاسلام وان اختلفت مللهم فى الكفر لانهم أهل ملة واحدة يتوارثون مع اختلاف النحل فيثبت حكم استحقاق النفقة فيما بينهم أيضاً ولا يجبر الموسر على نفقة المعسر من قرابته اذا كان رجلا صحيحاً وان كان لا يقدر على الكسب لان الصحيح الذى لا زمانة به لا يعجز عن كسب القوت عادة وبناء الحكم على العادة الظاهرة دون النادر الا فى الوالدين خاصة وفى الجد أب الاب اذا مات أب الولد فانه يجبر الولد على نفقته وان كان صحيحاً لدفع الأذى الذى يلحقه بالكد والتعب على ما بينا ﴿قال﴾ ولا يجبر المملوك والمكاتب على نفقة أحد من قرابته لان كسب المملوك لمولاه والمكاتب ليس له فى كسبه ملك فى الحقيقة بل هو دائر بينه وبين مولاه فلا يلزمه نفقة أحد من قرابته الا ولده المولود فى الكتابة من أمته فانه داخل فى كتابته وكسبه له فتكون نفقته عليه ﴿قال﴾ ولا يجبر المسلم ولا الذمى على النفقة لوالديه وولده من أهل الحرب وان كانوا مستأمنين فى دار الاسلام لان الاستحقاق بطريق الصلة ولا يثبت للحربى استحقاق الصلة على من هو

أهل دار الاسلام الا ترى انهما لا يتوارثان وان كانا على ملة واحدة من الكفر فكذلك استحقاق النفقة لبعضهم على البعض ﴿ قال ﴾ ونفقة المعتوه على ابنه دون أبيه لتأويل الملك له في مال ابنه دون مال أبيه الا ترى انه لو كان صحيحاً معسرا كانت نفقته على الابن دون الاب فكذلك اذا كان معتوها والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

قال رحمه الله تعالى هذا آخر شرح كتاب النكاح * بالمأثور من
المعاني والآثار الصحاح * أملاه المنتظر للفرج والفلاح *
مصليا على المبعوث بالحق بالسيوف والرماح *
وعلى آله وأصحابه أهل التقى والصلاح *
الذين مهدوا قواعد الحق
وسلكوا طريق
النجاح

﴿ تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس ﴾
﴿ وأوله كتاب الطلاق ﴾

فهرس الجزء الخامس من كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

صحيفة

صحيفه

(تمت)

8477

الجزء السادس من

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالاصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل)

الحاج محمد افندي ساسي المغربي التونسي

طبع بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر سنة ١٣٢٤ هـ لصاحبها محمد اسماعيل



كتاب الطلاق

﴿قال﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء الطلاق فى اللغة عبارة عن ازالة القيد وهو مأخوذ من الاطلاق يقول الرجل أطلقت ابلى وأطلقت أسيري وطلقت امرأتى فالكل من الاطلاق وانما اختلف اللفظ لاختلاف المعنى ففى المرأة يتكرر الطلاق واذا تم رفع القيد بتكرر الطلاق لايتأتى تقييده ثانياً فى الحال ففى التفعيل معنى المبالغة فلهذا يقال فى المرأة طلقت وهو كقولهم حصان وحصان لكن يقال فى الفرس حصان أى بين التحصن وفى المرأة حصان أى بينة الحصن وكذا يقال عدل وعديل وكلاهما مشتق من العدالة والمعادلة ولكن يختص أحد اللفظين بالآدمي لمعنى اختص به وموجب الطلاق فى الشريعة رفع الحل الذى به صارت المرأة محلا للنكاح اذا تم العدد ثلاثا كما قال الله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ويوجب زوال الملك باعتبار سقوط اليد عند انقضاء العدة فى المدخول بها وانعدام العدة عند عدم الدخول والاعتياض عند الخلع فالاسم شرعى فيه معنى اللغة وايقاع الطلاق مباح وان كان مبغضاً فى الاصل عند عامة العلماء ومن الناس من يقول لايباح ايقاع الطلاق الا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق وقال صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها من نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين وقد روى مثله فى الرجل يخلع امرأته ولان فيه كفران النعمة فان النكاح نعمة من الله تعالى على عباده قال الله تعالى ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا وقال الله تعالى زين للناس حب الشهوات من النساء الآية وكفران النعمة حرام وهو رفع النكاح المسنون فلا يحل الا عند الضرورة وذلك إما كبر السن لما روى ان سودة لما طعنت في السن طلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم وإما لريبة لما روى أن رجلا جاء الى

النبي صلى الله عليه وسلم وقال ان امرأتي لا ترد يد لامس فقال صلوات الله عليه طلقها فقال اني أحبها فقال صلى الله عليه وسلم أمسكها اذن واما قوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وذلك كله يقتضي كله اباحة الايقاع وطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة رضى الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره ان يراجعها فانها صوامة قوامة ولم يكن هناك كبر سن ولا ريبة وكذلك الصحابة رضوان الله عليهم فان عمر رضى الله عنه طلق أم عاصم رضى الله عنها وعبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق تماضر رضى الله عنها والمغيرة بن شعبة رضى الله عنه كان له أربع نسوة فأقامهن بين يديه صفا وقال انتن حسان الاخلاق ناعمات الارداف طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق وان الحسن بن على رضى الله عنهما استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة حتى قال على رضى الله عنه على المنبر إن ابني هذا مطلاق فلا تزوجوه فقالوا انا نزوجه ثم نزوجه ولان هذا ازالة الملك بطريق الاسقاط فيكون مباحا فى الاصل كالاعتاق وفيه معنى كفران النعمة من وجه ومعنى ازالة الرق من وجه فالنكاح رق قال صلى الله عليه وسلم النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته وروى بم يرق كريمته ولهذا صان الشرع القرابة القريبة عن هذا الرق حيث حرم نكاح الامهات والبنات والاخوات والى هذا المعنى أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله وان أبغض المباحات عند الله تعالى الطلاق فقد نص على أنه مباح لما فيه من ازالة الرق ومبغض لما فيه من معنى كفران النعمة ثم معنى النعمة انما يتحقق عند موافقة الاخلاق فأما عند عدم موافقة الاخلاق فاستدامة النكاح سبب لامتداد المنازعات فكان الطلاق مشروعا مباحا للتفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق ثم هو نوعان طلاق سنة وطلاق بدعة والسنة في الطلاق نوعان سنة من حيث العدد وسنة من حيث الوقت فالسنة من حيث العدد ما بدأ ببيانه الكتاب وهو نوعان حسن وأحسن فالاحسن أن يطلقها واحدة فى وقت السنة ويدعها حتى تنقضى عدتها هكذا نقل عن ابراهيم رحمه الله تعالى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم كانوا يستحسنون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وأن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه مبغض شرعا لكنه مباح لمقصود التفصي عن عهدة النكاح وذلك يحصل بالواحدة ولا يرتفع بها الحل الذى هو

لعمة فلا تتصار عليها أحسن والحسن أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار عند كل طهر واحدة وقال مالك رحمه الله تعالى لا أعرف المباح من الطلاق الا واحدة والدليل على صحة ما قلنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنه انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء يريد به الاشارة الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن ولما قابل الله تعالى الطلاق بالعدة والطلاق ذو عدد والعدة ذات عدد تنقسم آحاد أحدهما على الآخر كقول القائل اعط هؤلاء الرجال الثلاثة ثلاثة دراهم ولان عدم موافقة الاخلاق أمر باطن لا يوقف على حقيقته وأقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه وهو الطهر الذى لم يجامعها فيه مقام حقيقة الحاجة لعدم موافقة الاخلاق لانه زمان الرغبة فيها طبعا وشرعا فلا يختار فراقها الا للحاجة ومتى قام السبب الظاهر مقام المعنى الباطن دار الحكم معه وجوداً وعدما وهذا السبب الظاهر متكرر فتتكرر اباحة الطلاق بتكرره ويجعل ذلك قائم مقام تجدد الحاجة حكما واليه أشار ابن مسعود رضى الله عنه فقال اذا أراد الرجل أن يطلق امرأته للسنة طلقها تطليقة وهى طاهرة من غير جماع فاذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها بعد ما تحيض وتطهر ثم يدعها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها أخرى فكانت قد بانت منه بثلاث تطليقات وبقى عليها من عدتها حيضة وعلى هذا الأصل قال علماؤنا رحمهم الله ايقاع الثلاث جملة بدعة وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا أعرف فى الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح وربما يقول ايقاع الثلاث جملة سنة حتى اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة وقع الكل فى الحال عنده قال وبالاتفاق لو نوى وقوع الثلاث جملة يقع جملة ولولم يكن سنة لما عملت نيته لان النية بخلاف الملفوظ باطل واستدل فى ذلك بحديث العجلانى فانه لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقاع الثلاث جملة وقالت فاطمة بنت قيس رضى الله عنها طلقني زوجي ثلاثا الحديث الى ان قالت فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه طلق امرأته تماضر رضي الله عنها ثلاثا في مرض موته والحسن بن على رضى الله عنهما طلق امرأته شهباء رضي الله عنها ثلاثا حين هنته بالخلافة بعد موت على رضى الله عنه والمعنى فيه أن ازالة الملك بطريق الاسقاط فيكون مباحا مطلقاً جمع أو

فرق كالمتق والدليل عليه انه لوطلق أربع نسوة له جملة كان مباحا بمنزلة مالو فرق فكذلك في حق الواحدة بل أولى لان هذا يزيل الملك عن امرأة واحدة وهناك الايقاع يزيل الملك عن أربع نسوة ولان الطلاق تصرف مملوك بالنكاح فيكون مباحا في الأصل والتحريم فيه لمعنى عارض كالظهار الذى انضم اليه وصف كونه منكراً من القول وزوراً والايلاء الذى انضم اليه معنى قطع الامساك بالمعروف على وجه الاضرار والتعنت فكذلك الطلاق مباح الايقاع الا اذا انضم اليه معني محرم وهو الاضرار بها بتطويل العدة عليها اذا طلقها في حالة الحيض وتلبيس أمر العدة عليها اذا طلقها فى طهر قد جامعها فيه لانها لاندري أنها حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالاقراء وذلك منعدم اذا طلقها فى طهر لم يجامعها فيه سواء أوقع الثلاث أو الواحدة وهو معنى قولهم هذا طلاق صادف زمان الاحتساب مع زوال الارتياب وحجتنا فى ذلك قوله تعالى الطلاق مرتان معناه دفعتان كقوله أعطيه مرتين وضربته مرتين والالف واللام للجنس فيقتضي ان يكون كل الطلاق المباح في دفعتين ودفعه ثالثة في قوله تعالى فان طلقها أو في قوله عز وجل أو تسريح باحسان على حسب ما اختلف فيه أهل التفسير وفي حديث محمود بن لبيد رحمه الله تعالى ان رجلا طلق امرأته ثلاثا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام النبي صلى الله عليه وسلم مغضبا فقال أتلعبون بكتاب الله تعالى وأنا بين أظهركم واللعب بكتاب الله ترك العمل به فدل ان موقع الثلاث جملة مخالف للعمل بما فى الكتاب وان المراد من قوله فطلقوهن لعدتهن تفريق الطلقات على عدد اقراء العدة الا ترى انه خاطب الزوج بالامر باحصاء العدة وفائدته التفريق فانه قال لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً أي يبدو له فيراجعها وذلك عند التفريق لا عند الجمع وفي حديث عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه ان قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ان أبانا طلق امرأته ألفا فقال صلى الله عليه وسلم بانت امرأته بثلاث في معصية الله تعالى وبقى تسعمائة وسبعة وتسعين وزراً في عنقه الى يوم القيامة وان ابن عمر رضى الله تعالى عنه لما طلق امرأته في حالة الحيض أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فقال أرأيت لوطلقتها ثلاثا أكانت تحل لى فقال صلى الله عليه وسلم لا بانت منك وهى معصية وبهذه الآثار تبين انه انما ترك الانكار على العجلاني فى ذلك الوقت شفقة عليه لعلمه أنه لشدة الغضب ربما لايقبل قوله فيكفر فأخر الانكار الى وقت آخر وأنكر عليه فى قوله اذهب

ولا يستدل لنا عليها أو كراهة ايقاع الثلاث لما فيه من سد باب التلافي من غير حاجة وذلك غير موجود في حق العجلاني لان باب التلافي بين المتلاعنين منسد ماداما مصرين على اللعان والعجلاني كان مصرا على اللعان وبما احتججنا من اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فقد روي عن علي وعمر وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعمران بن حصين رضي الله تعالى عنهم كراهة ايقاع الطلاق الثلاث بألفاظ مطلقة وعن أبي مسعود الانصاري رضي الله عنه قال لو أن الناس طلقوا نساءهم كما أمروا لما فارق الرجل امرأته وله اليها حاجة ان أحدكم يذهب فيطلق امرأته ثلاثا ثم يقعد يعصر عينيه مهلا مهلا بارك الله فيكم فيكم كتاب الله وسنة رسوله فماذا بعد كتاب الله وسنة رسوله الا الضلال ورب الكعبة وقال الكرخي لا أعرف بين أهل العلم خلافا ان ايقاع الثلاث جملة مكروه الا قول ابن سيرين وابن قوله ليس بحجة ومعنى هذا أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه انما طلق امرأته ثلاثا في ثلاثة أطهار وأن الحسن رضي الله تعالى عنه انما قال لشهباء أنت طالق ثلاثا للسنة وعندنا لا بأس به والمعنى فيه أنه تحريم البضع بمجرد قوله من غير حاجة فيكون مكروها كالظهار بل أولى فان الظهار تحريم البضع بمجرد قوله من غير ازالة الملك وفي ايقاع الثلاث تحريم البضع مع ازالة الملك والفقه فيه ما قلنا أن اباحة الايقاع للحاجة الى التفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وذلك يحصل بالواحدة ولا يحصل بها تحريم البضع فلا تتحقق الحاجة الى ما يكون محرما للبضع فكان ينبغي أن لا يباح أصلا ولكن أبيح عند اختلاف الاطهار لتجدد الحاجة حكما على ما قررنا ولان في ايقاع الثلاث قطع باب التلافي وتفويت التدارك عند الندم وفيه معنى معارضة الشرع فالاسقاطات في الاصل لا تتعدد كالعتاق وغيره وانما جعل الشرع الطلاق متعددا لمعنى التدارك عند الندم فلا يحل له تفويت هذا المعنى في نفسه بعد ما نظر الشرع له كما لا يباح له الايقاع في حالة الحيض لانه حالة نفرة الطبع عنها وكونه ممنوعا شرعا فالظاهر أنه يندم اذا جاء زمان الطهر فيكره ايقاع الطلاق لمعنى خوف الندم فهذا مثله والدليل عليه أنه لو طلقها واحدة في الطهر ثم أخرى في الحيض يكون مكروها وليس في ايقاع الثانية في الحيض معنى تطويل العدة ولا معنى اشتباه أمر العدة عليها فدل أن معنى كراهة الايقاع لمعنى خوف الندم اذا جاء زمان الطهر وهذا في ايقاع الثلاث أظهر فكان مكروها ويستوي في هذا المدخول بها

وغير المدخول بها لان معنى تحريم البضع بايقاع الثلاث يحصل في الحالتين بصفة واحدة وكذلك يستوى فى الكراهة ايقاع الثلاث جملة وايقاع الثنتين لان الكراهة لمعني عدم الحاجة حقيقة وحكما وهو موجود فى الثانية كوجوده في الثالثة ولان ايقاع الثنتين وان كان لايحصل به تحريم البضع فانه يقرب منه وهذا القرب معتبر فى الحكم ألا ترى أن المرأة اذا قالت لزوجها طلقني ثلاثا بألف وطلقها واحدة يجب ثلث الالف ولو طلقها اثنين يجب ثلثا الالف وكما أن سد باب التلافى حرام من غير حاجة فكذلك مايقرب منه يكون حراما ٭ وأما السنة من حيث الوقت معتبر فى حق المدخول بها وذلك أن يطلقها اذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها فيه قال في الكتاب بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمراد منه حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه فانه لما طلق امرأته في حالة الحيض قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمرك الله يابن عمر انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا الحديث وفي رواية قال لعمر رضى الله تعالى عنه ان ابنك أخطأ السنة مره فليراجعها فاذا حاضت وطهرت فليطلقها ان شاء طاهرة من غير جماع أو حاملا قد استبان حملها فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء وجاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم في تفسير قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى يطلقها طاهرة من غير جماع والمعنى فيه أن اباحة الايقاع للتفصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وذلك لا يظهر بالايقاع حالة الحيض لانها حال نفرة الطبع عنها وكونه ممنوعا عنها شرعا فربما يحمله ذلك على الطلاق وكذلك فى الطهر الذى جامعها فيه لانه قد حصل مقصوده منها فتقل رغبته فيها فلا يكون الايقاع دليل عدم موافقة الاخلاق فأما فى الطهر الذى لم يجامعها فيه تعظم رغبته فيها فلا يقدم على الطلاق الا لعدم موافقة الاخلاق فلهذا اختصت اباحة الايقاع به ولهذا المعنى قال زفر رحمه الله تعالى إنه يكره ايقاع الطلاق فى حالة الحيض من غير المدخول بها لان معنى نفرة الطبع والمنع شرعا لا يختلف بين كونها مدخولا بها أو غير مدخول بها ومعنى آخر فيه أن في الايقاع فى حالة الحيض اضراراً بها من حيث تطويل العدة عليها لان هذه الحيضة لا تكون محسوبة من العدة وتطويل العدة من الاضرار بها قال الله تعالى ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا وفى الايقاع فى طهر قد جامعها فيه اضرار بها من حيث اشتباه العدة عليها ولهذا قلنا لا بأس

بإيقاع الطلاق في الحيض على غير المدخول بها لانه ليس فيه معنى تطويل العدة عليها ولان رغبته فيها كانت بالنكاح فلا تقل ذلك بحيضها ما لم يحصل مقصوده منها فكان الايقاع دليل عدم موافقة الاخلاق بخلاف المدخول بها فان مقصوده بالنكاح قد حصل منها وانما رغبته فيها في الطهر بعد ذلك لتمكنه فيه من غشيانها وينعدم ذلك بالحيض توضيحه ان اباحة الايقاع بشرط ان يأمن الندم كما قال الله تعالى لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً وفي الايقاع في حالة الحيض على المدخول بها لا يأمن الندم اذا جاء زمان الطهر و لرغبة فيها وكذلك في الايقاع في طهر قد جامعها فيه لايأمن الندم لانه ربما يظهر بها حبل فتحمله شفقته على الولد على تحمل سوء خلقها والى نحوه أشار ابن مسعود رضي الله عنه فقال لعل شفقة الولد تندمه فلهذا كره الايقاع في هذين الوقتين واذا أراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض واختار بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى تأخير الايقاع الى آخر الطهر ليكون أبعد عن تطويل العدة وظاهر ما يقول في الكتاب يدل على انه يطلقها حين تطهر من الحيض لانه لو أخر الايقاع ربما يجامعها ومن قصده انه يطلقها فيبتلى بالايقاع عقيب الجماع وذلك مكروه فلهذا طلقها حين تطهر من حيضها فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى واحتسب بهذه الحيضة من عدتها فاذا حاضت الثالثة وطهرت طلقها أخرى وقد بقي عليها من عدتها حيضة وللشافعي رحمه الله تعالى قول أن ابتداء العدة من آخر التطليقات اذا تكرر الايقاع لان الطلاق بعد الدخول موجب للعدة كالحدث بعد الطهارة موجب للوضوء فكما انه اذا أحدث بعد غسل بعض الاعضاء يلزمه استئناف الوضوء فكذلك اذا تكرر وقوع الطلاق عليها يلزمها استئناف العدة ولكنا نقول السبب الموجب للعدة الدخول وانما تصير شارعة في العدة حين يصير الزوج غير مريد لها وقد حصل ذلك بالتطليقة الأولى ثم الثانية والثالثة تقرر ذلك المعنى ولا تبطله بخلاف ما لو راجعها ثم طلقها لان بالرجعة ينعدم ذلك المعنى فانه يصير مريداً لها توضيحه أن المقصود تبين فراغ الرحم وذلك لا يتغير بتكرر الطلاق وعدم التكرر فلهذا كانت عدتها من التطليقة الاولى وعلى هذا اتفق أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم (قال) ولا تحل له المرأة بعد ما وقع عليها ثلاث تطليقات حتى تنكح زوجا غيره يدخل بها والطلاق محصور بعدد الثلاث ولا خلاف بين العلماء أن بيان التطليقتين في قوله تعالى الطلاق مرتان وانما اختلفوا

في

في الثالثة فقيل هي في قوله أو تسريح باحسان وهكذا روى أن أبا رزين العقيلي رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عرفنا التطليقتين في القرآن فأين الثالثة فقال صلى الله عليه وسلم في قوله تعالى أو تسريح باحسان وأكثرهم على أن بيان الثالثة في قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره لانه عند ذكرها ذكر ما هو حكم الثالثة وهو حرمة الحل الى غاية ومعناه فان طلقها الثالثة ولا خلاف بين العلماء أن النكاح الصحيح شرط الحل للزوج الاول بعد وقوع الثلاث عليها والمذهب عند جمهور العلماء أن الدخول بها شرط أيضا وقال سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه ليس بشرط لان في القرآن شرط العقد فقط ولا زيادة بالرأى ولكن هذا قول غير معتبر ولو قضى به قاض لا ينفذ قضاؤه فان شرط الدخول ثابت بالآثار المشهورة فمن ذلك حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فتزوجت بزوج آخر لم تحل للأول حتى تذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها ومنه حديث عائشة رضى الله عنها ان رفاعة القرظي رضى الله عنه طلق امرأته فأبت طلاقها فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير رضي الله عنه ثم جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ما وجدت معه الا مثل هذه وأشارت الى هدبة ثوبها فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ضبط نفسه فقال أتريدين ان ترجعى الى رفاعة فقالت نعم فقال لا حتى يذوق من عسيلتك وتذوق من عسيلته وعن عائشة رضى الله عنها ان عمرو بن حزم رضي الله عنه طلق امرأته الغميصاء رضي الله عنها ثلاثا فتزوجت بآخر فلما خلا بها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو ضعف حاله في باب النساء فقال صلى الله عليه وسلم هل أصابك فقالت لا فقال صلوات الله عليه لا تحلين لعمرو حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك وقيل في القرآن ذكر الدخول اشارة فانه أضاف فعل النكاح الى الزوج واليها فيقتضى ذلك فعل النكاح بعد الزوجية وذلك الوطء ولان المقصود منع الازواج من الاستكثار من الطلاق وذلك لا يحصل بمجرد العقد انما يحصل بالدخول ففيه مغايظة الزوج الاول ودخول الثاني بها بالنكاح مباح مبغض عند الزوج الاول كما ان الاستكثار من الطلاق مبغض شرعا ليكون الجزاء بحسب العمل ﴿ قال ﴾ فان تزوج بها الثاني على قصد ان يحلها للزوج الاول من غير ان يشترط ذلك في العقد صح النكاح ويثبت الحل للاول اذا دخل بها الثاني وفارقها

فان شرط ان يحللها للاول فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الجواب كذلك ويكره هذا الشرط وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى النكاح جائز ولكن لاتحل به للاول وعند محمد رحمه الله تعالى النكاح فاسد لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وعقد النكاح سنة ونعمة فما يستحق به المرء اللعن لايكون نكاحا صحيحا ولان هذا في معنى شرط الوقيت وشرط التوقيت مبطل للنكاح ولكن أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول هذا ليس بتوقيت في النكاح ولكنه استعجال لما هو مؤخر شرعا فيعاقب بالحرمان كمن قتل مورثه يحرم من الميراث وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذا الشرط وراء ما يتم به العقد فأكثر ما فيه أنه شرط فاسد والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة ثم النهي عن هذا الشرط لمعنى في غير النكاح فان هذا النكاح شرعا موجب حلها للاول فعرفنا أن النهي لمعنى في غير المنهي عنه وذلك لايؤثر في النكاح فلهذا ثبت الحل للأول اذا دخل بها الثاني بحكم هذا النكاح الصحيح ﴿قال﴾ واذا أراد أن يطلق امرأته وهي حامل طلقها واحدة متى شاء حتى انه لابأس بأن يطلقها عقيب الجماع لان كراهة الايقاع عقيب الجماع لاشتباه أمر العدة عليها وخوف الندم اذا ظهر بها حبل وذلك غير موجود هنا ولان الحبل يزيد في رغبته فيها فيكون ايقاع الطلاق بعد ظهوره دليل عدم موافقة الاخلاق ﴿قال﴾ فان كان جامعها ثم أراد أن يطلقها ثلاثا فله ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ويفصل بين التطليقتين بشهر وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لاتطلق الحامل للسنة أكثر من واحدة وفي الكتاب قال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر رضي الله تعالى عنهما والحسن البصري وقول الصحابي اذا كان فقيها مقدم على القياس والمعنى فيه ان الأصل في طلاق السنة أن يفصل بين التطليقتين بفصل محسوب من فصول العدة كما في حق ذوات الاقراء والآيسة والشهر في حق الحامل ليس بفصل محسوب من فصول العدة فلا يفصل به بين طلاقي السنة وهذا لان الطلاق مقابل بفصول العدة ألا ترى أن عدة الامة لما تقدرت بحيضتين ملك عليها تطليقتين وان بسبب عدم الدخول لما انعدمت فصول العدة انعدم ملك التفريق الا أن النكاح ينعقد للدخول فلا يؤثر في ملك أصل الطلاق لهذا عرفنا أن التفريق باعتبار فصول العدة ومدة الحبل طالت أو قصرت بمنزلة فصل واحد ألا ترى أن الاستبراء يتقدر بها وفي الفصل الواحد لا يملك تفريق الطلقات على الوجه المسنون

ولان هذا شهر في حق ذوات الاقراء فلا يصلح للفصل بين طلاق السنة كما في الممتدة طهرها بخلاف الآيسة والصغيرة وحجتنا في ذلك أن هذا نوع عدة فيكون محلا لتفريق الطلقات المملوكة على وجه السنة كالاقراء والاشهر وهذا لان الله تعالى جعل محل ايقاع الطلقات العدة بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وعدة الحامل نوع من أنواع العدة بل هي الاصل فيما هو المقصود لان المقصود بالعدة تبين فراغ الرحم وذلك يحصل بوضع الحمل على أكمل الوجوه فيستحيل أن يقال لا يملك تفريق الطلاق على ما هو الاصل في العدة وفي حق ذوات الاقراء فصول العدة انما تقع اتفاقا لا قصداً فأما المعنى المعتبر تجدد زمان الرغبة وذلك لا يحصل الا بعقب حيضة وفي حق الآيسة والصغيرة لا يوجد هذا المعنى لان الاوقات في حقها سواء ولا بد من اباحة التفريق في عدتها فأقمنا الشهر في حقها مقام الحيضة في حق ذوات الاقراء باعتبار انه فصل من فصول العدة ثم ينعدم هذا المعنى في حق الحامل فلا بد من اباحة التفريق في عدتها فاقمنا الشهر في حق الآيسة باعتبار انه شهر في عدة لا حيض فيها والدليل على انه لا معتبر بفصول العدة انه لو قال لامرأته الصغيرة أنت طالق ثلاثا للسنة يقع عليها للحال واحدة فاذا مضى شهر وقعت أخرى واذا مضى شهر وقعت أخرى ثم اذا حاضت يلزمها استئناف العدة والتطليقات الثلاث وقعت على وجه السنة فعرفنا انه لا معتبر بفصول العدة ثم الحامل لا تحيض والشهر في حق من لا تحيض فصل من فصول العدة في حق انقضاء العدة وتفريق الطلاق ولكن هنا في حق انقضاء العدة وجدنا ماهو أقوى من الشهر وهو وضع الحمل وفي حق التفريق بالطلاق لم نجد ماهو أقوى من الشهر فبقي الشهر فصلا من فصول العدة في حق تفريق الطلاق وان لم يبق في حق انقضاء العدة كما في الصغيرة اذا حاضت يقرره ان الحبل يؤثر في اباحة ايقاع كان محرما قبله وهو الطلاق عقيب الجماع فيستحيل ان يؤثر في المنع مما كان مباحا قبله ولا يدخل على ما قلنا اذا بقي من مدة حملها يوم لان التعليل لمدة الحمل ولا يتصور ان يكون ذلك يوما الا أن التفريط جاء من قبله حين أخر الايقاع حتى لم يبق من العدة فلا يخرج به من ان يكون أصل العدة قابلا لتفريق الثلاث كالكافر اذا أسلم وقد بقي من الوقت مقدار مالا يمكنه ان يصلي فيه تلزمه الصلاة لان التفريط جاء من قبله حين أخر الاسلام ولا معنى لما قال ان مدة الحبل كحيضة واحدة بل هي بمنزلة ثلاث حيض حتى تنقضي بها العدة ولكن الاستبراء انما لا يقدر ببعض

مدة الحبل لان المقصود تبين فراغ الرحم وذلك لا يحصل قبل الوضع فزيد في مدة الاستبراء اذا كانت حاملا لهذا المعنى لا أن تجعل مدة الحبل لحيضة واحدة ولا نسلم أن الحامل من ذوات الاقراء على الاطلاق فانه لزمها صفة منافية للحيض حتى أنها وان رأت الدم لا يكون حيضا بخلاف الممتدة طهرها ﴿ قال ﴾ واذا أراد أن يطلقها وهي لا تحيض من كبر أو صغر طلقها واحدة متى شاء عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له أن يطلقها عقيب الجماع حتى يمضي الشهر لانه يفصل بين الطلاق والجماع بما يفصل به بين الطلاقين في عدة هي ذات فصول كما في حق ذوات الاقراء ثم هنا يفصل بين طلاقيها بشهر فكذلك يفصل بين طلاقها وجماعها بشهر ولكنا نقول انها بمنزلة الحامل في أنها لا حيض في عدتها فيباح ايقاع الطلاق عليها عقيب الجماع كما يباح الايقاع على الحامل وكأن المعنى فيه أن في حق ذوات الاقراء انما كره ايقاع الطلاق عقيب الجماع لتوهم الحبل وهذا لا يوجد هنا فكان ايقاع الطلاق عليها عقيب الجماع مباحا فاذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها بعد شهر آخر ثم بعد شهر آخر وعدتها ثلاثة أشهر من التطليقة الاولى وذلك يتلى في القرآن قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن والمراد الصغيرة ولا خلاف أن الايقاع اذا كان في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ناقصة أو كاملة فان كان الايقاع في وسط الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق وكذلك في حق انقضاء العدة عند أبي حنيفة تعتبر ثلاثة أشهر بالأيام وعندهما يعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالأهلة لان الأهلة هي الاصل قال الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والأيام بدل عنها في الشهر الواحد تعذر اعتبار ما هو الاصل فاعتبر البدل وفي الشهرين لم يتعذر اعتبار ما هو الاصل ولكن أبو حنيفة يقول مالم يتم الشهر الأول لا يدخل الشهر الثاني فدخول الشهر الثاني في وسط الشهر الثاني أيضا وكذلك في الشهر الثالث فيتعذر اعتبار الكل بالاهلة فوجب اعتبارها بالايام ولا يحكم بانقضاء عدتها الا بتمام تسعين يوما من حين طلقها وقد ظن بعض مشايخنا أن الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات القرء الحيض ولكن لا يتصور الحيض الا بتخلل الطهر وفي

الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر واذا طلقها واحدة أو ثنتين فهو يملك الرجعة مالم تنقض العدة وهذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص فان ازالة الملك بالطلاق اسقاط والاسقاط يتم بنفسه كالعتق ولكن الشرع أثبت للزوج حق الرجعة فى العدة بعد التطليقة والتطليقتين للتدارك عند الندم قال الله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف معناه قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن بالمراجعة وقال الله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف والمراد بالامساك المراجعة بعد التطليقتين مادامت فى العدة ثبت ذلك بقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وعدة التى تحيض ثلاث حيض كما قال الله تعالى فى كتابه ثلاثة قروء وهو حكم مقطوع به ثابت بالنص ثم عطف عليه ماهو مجتهد فيه فقال القرء هي الحيض وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى هي الاطهار حتى ان على مذهبه كما طعنت فى الحيضة الثالثة يحكم بانقضاء عدتها وعندنا مالم تطهر من الحيضة الثالثة لايحكم بانقضاء العدة وأصل الخلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فقد روى الشعبي رضى الله عنه عن بضعة عشر من الصحابة الخير فالخير منهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وأبو الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس رضى الله تعالى عنهم قال الزوج أحق برجعتها مالم تحل لها الصلاة وعن ابن عمر وعائشة وزيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهم قالوا الاقراء الاطهار وعن ابن عباس رضى الله عنه كما طعنت فى الحيضة الثالثة تبين من زوجها ولايحل لها ان تتزوج حتى تطهر وكذلك أهل اللغة يطلقون إسم القرء على الطهر والحيض جميعاً قال القائل

يارب ذى ضغن وضب فارض له قروء كقروء الحائض

وقال الاعشي

مورثة مال وفى الحيّ رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا

والمراد الاطهار لان زمان الحيض يضيع وان كان حاضراً وأصله فى اللغة الوقت قال القائل * اذا هبت لقارئها الرياح * فمنهم من يقول وقت الطهر به أشبه لانه عبارة عن الاجتماع يقال ما قرأت الناقة سلا قط أى ما جمعت فى رحمها ولداً قط واجتماع الدم فى الرحم في حالة الطهر ومنهم من يقول وقت الحيض به أشبه لان هذا الوصف عارض للنساء فوقت الطهر أصل ووقت الحيض عارض مع أن اجتماع الدم فى حالة الطهر لا يعلم حقيقة ولو ثبت ذلك

وانما يسمى ذلك الوقت قرءاً باعتبار الدم المجتمع ثم ان عند اختلاف أهل اللغة يجب المصير الى لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم فان الصحابة رضوان الله عليهم لما اختلفوا فى التابوت والتابوه رجعوا لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا اكتبوا بالتاء والقرء فى لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيض قال صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس اذا أتاك قرءك فدعى الصلاة وقال صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها والقرء والاقراء كلاهما جمع كما يقال فلس وفلوس ونزل وانزال ثم الشافعى رحمه الله تعالى رجح الاطهار باعتبار حرف الهاء المذكور فى قوله ثلاثة قروء فقال جمع المذكر يؤنث والطهر هو المذكر ولكنا نقول الاعراب يتبع اللفظ دون المعنى يقال ثلاثة افراس وثلاث دواب وقال أيضاً القرء عبارة عن الانتقال يقال قرأ النجم اذا انتقل وكما طعنت فى الحيضة الثالثة فقد وجد ثلاث انتقالات من الطهر ولكن هذا لا معنى له فالانتقال من الحيض الى الطهر أيضاً قرء فكان ينبغي على هذا أن تنقضى العدة اذا طعنت في الحيضة الثالثة واحد لم يقل بهذا ولكن الصحيح ماقاله علماؤنا رحمهم الله تعالى أن الله تعالى لما ذكر جمعا مقرونا بالعدد اقتضى الكوامل منه والطلاق هو المباح في حالة الطهر فلو جعلنا القرء الاطهار لكان انقضاء العدة بقرأين وبعض الثالث وهذا يستقيم فى جمع غير مقرون بالعدد كقوله تعالى الحج أشهر معلومات فأما فى جمع مقرون بالعدد فلابد من الكوامل وانما يحصل ذلك اذا حمل القرء على الحيض فيكون انقضاء العدة بثلاث حيض كوامل واستدل الشافعى رحمه الله تعالى بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن معناه في عدتهن والطلاق المباح في حالة الطهر فعرفنا أن العدة بالطهر وقد فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لابن عمر رضى الله تعالى عنه انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء. واستدل علماؤنا بقوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه من الحيض والحبل فهو بيان المراد بالقروء. قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الآية وانما نقل الى الاشهر عند عدم الحيض والنقل الى البدل يكون عند عدم الاصل فهو تنصيص على أن المراد بالقرء الحيض وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى قبل عدتهن كما يقال زينت الدار لقدوم الحاج وتوضأت للصلاة أي قبلها وفى قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه لقبل عدتهن مع ان المراد عدة الايقاع ونحن نقول ان عدة الايقاع

بالاطهار فأما عـدة الاعتداد بالحيض بيانه في حديث عائشة رضي الله تعالى عنها وابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ومن حيث المعنى هو يقول الطلاق السنى يستعقب جزء محسوبا من العدة كما فى الآيسة والصغيرة وانما يكون ذلك اذا كان الاعتداد بالاطهار ونحن نقول المقصود من هذه العدة تبين فراغ الرحم ولهذا لاتجب الاعند توهم اشتغال الرحم ولهذا يعتبر بوضع الحمل اذا كانت حاملا والحيض هي التي تدل على تبيين فراغ الرحم دون الطهر فكان الاعتبار بالحيض أولى ثم الاصل فى العبادات التي تشتمل على أركان ينفصل بعضها عن بعض ان الاداء لايتصل بالشروع فيها كما فى الحج وفيما يكون متصل الاركان يتصل الاداء بالشروع كالصلاة والعـدة بالاشهر متصلة الاركان فيتصل الاداء بالشروع فيها والعدة بالاقراء منفصلة الاركان بعضها عن بعض فلا يجب ان يتصل الاداء بالشروع فيها والدليل على ماقلنا الاستبراء فانه معتبر بالحيض بالنص والمقصود تبين فراغ الرحم فكذلك العدة ﴿ قال ﴾ وعدة الحامل ان تضع حملها ولو وضعت حملها بعد الطلاق بيوم لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن ولان وضع الحمل أدل على ماهو المقصود وهو معرفة براءة الرحم من الأقراء وعدة الآيسة والصغيرة ثلاثة أشهر بالنص وتكلموا فى معنى قوله تعالى ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر قال مالك رضي الله عنه المراد ارتيابها في حال نفسها أنها هل تحيض بعد هذا أولا حتى قال اذا ارتابت تربصت سنة ثم اعتدت بثلاثة أشهر ولكنا نقول لما نزل قوله تعالى ثلاثة قروء قالت الصحابة رضى الله عنهم فيما بينهم فان كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر وارتابوا فى ذلك فنزل قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم وفى قول الصحابة رضوان الله عليهم فان كانت ممن لا تحيض دليل على أنهم فهموا من القرء الحيض ﴿قال﴾ والكتابية تحت المسلم فى الطلاق والعدة بمنزلة المسلمة لان المخاطب بمراعاة وقت السنة الزوج وهو مسلم وفى العدة الواجب عليها حق الزوج وهو مسلم ﴿ قال ﴾ والامة بمنزلة الحرة فى وقت السنة لان المخاطب بمراعاة وقت السنة الزوج وذلك لا يختلف بكونها حرة أو أمة وعدتها حيضتان اذا كانت من ذوات الاقراء للحديث الذى روينا ولقول عمر رضي الله تعالى عنه عدة الامة حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا بين أن التنصيف بسبب الرق يثبت في العدة ولكن بقدر الممكن والحيضة الواحدة لاتحتمل التنصيف وان كانت آيسة أو صغيرة فعدتها شهر

ونصف لقول عمر رضى الله تعالى عنه ولان الشهر محتمل للتنصيف وعلى قول مالك عدتها بالشهور ثلاثة أشهر لظاهر الآية ولكنا نقول الرق ينصف ذوات الاعداد بمنزلة الجلدات فى الحدود وعدتها اذا كانت حاملا بوضع الحمل بالاتفاق لان تبين فراغ الرحم لايحصل قبل ذلك ﴿قال﴾ واذا كان الرجل غائبا عن امرأته فأراد أن يطلقها للسنة كتب اليها اذا جاءك كتابى هذا ثم حضت فطهرت فأنت طالق لجواز أن يكون قد امتد طهرها الذى جامعها فيه ولو كتب اذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق يقع الطلاق عليها في طهر جامعها فيه وهو خلاف السنة فلهذا قيد بهذه الصفة وفى الرقيات زاد محمد رحمه الله تعالى فقال وعلمت مافيه لجواز ان لاتقرأ كتاب زوجها فيقع الطلاق عليها وهي لاتشعر بذلك ولكن في ظاهر الرواية لم يذكر هذه الزيادة لان الغيبة لاتكون أحرص على شئ منها على قراءة كتاب زوجها والظاهر انها لاتؤخر ذلك ﴿قال﴾ فان أراد ان يطلقها ثلاثا كتب ثم اذا حضت وطهرت فانت طالق وان شاء أوجز فكتب اذا جاءك كتابى هذا فانت طالق ثلاثا للسنة فيقع بهذه الصفة لان الكتاب ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا وان كانت ممن لاتحيض كتب اذا جاءك كتابى هذا ثم أهل شهر فأنت طالق وان شاء كتب اذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق ثلاثا للسنة لما بينا ان له ان يطلقها للسنة اذا كانت ممن لاتحيض فى أى وقت شاء ﴿قال﴾ وان كان لم يدخل بامرأته ولم يخل بها فله ان يطلقها متى شاء خلافا لزفر وقد بينا ذلك وليس عليها عدة لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها قال مشايخنا رحمهم الله تعالى وفى كتاب الله تعالى المتلو لابهذه الصفة بل المتلو ياأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن الآية ولكن هذا غلط وقع من الكاتب وترك كذلك وان كان قد خلا بها فطلاقها وعدتها مثل التى دخل بها لان الخلوة الصحيحة فى حكم العدة بمنزلة الدخول ومراعاة وقت السنة في الطلاق لاجل العدة فتقام الخلوة فيه أيضا مقام الدخول ﴿قال﴾ واذا طلق امرأته وهي حائض فقد أخطأ السنة والطلاق واقع عليها وعلى قول الروافض لايقع وفى الكتاب ذكر بابا ردا عليهم فيؤخر الكلام فيه الى ذلك الموضع والقدر الذى نذكره هنا حديث ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها والمراجعة تكون بعد وقوع الطلاق ولكنهم يدعون ان المروى فليرجعها وقد كان اخرجها من بيته فانما أمره أن يردها الى بيته وهذا باطل من الكلام فقد قيل

لابن عمر رضى الله عنه هل احتسبت بتلك الطلقة فقال ومالى لا أحتسب بها وان استحمقت أو استجهلت أكان لايقع طلاقي ولما ذكر لعمر رضى الله عنه فى الشورى ابنه فقال سبحان الله أقلد أمور المسلمين ممن لم يحسن طلاق امرأته فطلقها فى حالة الحيض فهو اشارة الى أن ذلك الطلاق كان واقعا وأنه ينبغى للمرء أن يصون نفسه عن ذلك ﴿قال﴾ ثم ينبغي له أن يراجعها كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه لو راجعها لم تبن منه بطلاق محظور ويندفع عنها ضرر تطويل العدة فاذا لم يراجعها بانت منه بطلاق محظور ويتحقق معنى تطويل العدة فلهذا ينبغى له أن يراجعها ﴿قال﴾ فاذا طهرت من حيضة أخرى طلقها ان شاء وهذا اشارة الى أنها اذا طهرت من هذه الحيضة لايباح ايقاع الطلاق عليها وذكر الطحاوى رحمه الله أنه اذا طلقها فى الحيض ثم طهرت من تلك الحيضة يباح ايقاع الطلاق عليها وقيل ماذكره الطحاوى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان وقت السنة الطهر الذى لا جماع فيه وقد وجد وماذكر فى الكتاب قولهما لان الفصل بين الطلاقين بحيضة كاملة وذلك لا يكون اذا طهرت من هذه الحيضة وحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه روى بروايتين من طريق شعبة عن ابنك فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض وتطهر ثم ليطلقها ان شاء فهو دليل قولهما ومن طريق آخر عن ابنك فليراجعها فاذا حاضت وطهرت فليطلقها ان شاء وهذا يحتمل بقية هذه الحيضة كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وكذلك ان طلقها فى حالة الحيض ﴿قال﴾ ولو طلقها في طهر لم يجامعها فيه واحدة ثم راجعها بالقول فأراد أن يطلقها أخرى فى ذلك الطهر للسنة فله ذلك عند أبى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وليس له ذلك عند أبى يوسف رحمه الله تعالى وعن محمد رضى الله تعالى عنه فيه روايتان فأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول شرط الفصل بين طلاقي السنة الحيضة الكاملة كما قال صلى الله عليه وسلم فليطلقها في كل قرء تطليقة ولان ايقاع تطليقة في طهر فى المنع من تطليقة أخرى فى ذلك الطهر كالجماع فكما لايجوز له أن يطلقها بعد الجماع فى طهر واحد فكذلك بعد الطلاق وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الفصل بالحيضة انما يعتبر اذا كانت الثانية تقع فى العدة وبالمراجعة قد ارتفعت العدة فكانت الثانية بمنزلة ابتداء الايقاع وقد حصل فى طهر لاجماع فيه ثم الرجعة تسقط جميع العدة ولو تخلل بين التطليقتين مايسقط بعض العدة كانت الثانية واقعة على وجه السنة فاذا تخلل مايسقط جميع العدة أولى وكذلك

لو راجعها بالتقبيل أو المس عن شهوة حتى روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا كان أخذ بيد امرأته عن شهوة فقال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع عليها ثلاث تطليقات فى الحال يتبع بعضها بعضا لأن كلما وقع عليها تطليقة صار مراجعاً لها فتقع أخرى فأما اذا راجعها بالجماع فان لم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى فى هذا الطهر بالاجماع لأنه طهر قد جامعها فيه وان راجعها بالجماع فحبلت فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له أن يطلقها أخرى أيضا لانه قد طلقها فى هذا الطهر واحدة والطهر الواحد لايكون محلا لأكثر من تطليقة واحدة على وجه السنة وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهما الله تعالى له أن يطلقها أخرى لأن المدة الأولى قد سقطت والطلاق عقيب الجماع فى الطهر انما لايحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لايوجد اذا حبلت وظهر الحبل بها ﴿ قال ﴾ واذا طلق الرجل امرأته واحدة بائنة فقد أخطأ السنة والطلاق واقع عليها وفى زيادات الزيادات قال التطليقة البائنة تقع بصفة السنة كالرجعية لان ابن ركانة رضي الله تعالى عنه طلق امرأته البتة ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقاع الطلاق بهذا اللفظ فلو كان خلاف السنة لأنكر عليه كما أنكر على ابن عمر رضى الله تعالى عنه والواقع بهذا اللفظ يكون بائناً والدليل عليه الطلاق قبل الدخول والخلع فانه يقع بائناً ولا يكون مكروها فأما وجه ظاهر الرواية أن اباحة الايقاع للحاجة الى التفصى عن عهدة النكاح ولا حاجة به الى زيادة صفة البينونة فكانت زيادة هذه الصفة كزيادة العدد ثم لامقصود له فى ذلك سوى ردنظر الشرع له بقطع خيار الرجعة وسد باب التلافى على نفسه عند الندم وهذا بخلاف الخلع فانه يحتاج الى ذلك لاسترداد ماساق لها من الصداق اذا كان النشوز منها مع ان الخلع لايكون الا عند تحقق الحاجة ولهذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لايكره فى حالة الحيض والطلاق قبل الدخول لايكون الا بائنا والتى لم يدخل بها ليست نظير التى دخل بها بدليل الايقاع فى حالة الحيض وتأويل حديث ابن ركانة رضى الله عنه انه طلقها قبل الدخول بها وقبل الدخول بأي لفظ أوقع يكون بائناً ويحتمل ان يكون أخر الانكار الى وقت آخر لعلمه انه لفرط الغيظ لايقبل فى ذلك الوقت والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرجعة

﴿ قال ﴾ واذا طلقها واحدة في الطهر أو في الحيض أو بعد الجماع فهو يملك الرجعة مادامت في العدة لان النبي صلى الله عليه وسلم طلق سودة رضى الله تعالى عنها بقوله اعتدى ثم راجعها وطلق حفصة رضى الله عنها ثم راجعها بالوطء ويستوى ان طالت مدة العدة أو قصرت لان النكاح بينهما باق ما بقيت العدة وقد روي ان علقمة رضى الله عنه طلق امرأته فارتفع حيضها سبعة عشر شهراً ثم ماتت فورثه ابن مسعود رضى الله عنه منها وقال ان الله تعالى حبس ميراثها عليك فاذا انقضت العدة قبل الرجعة فقد بطل حق الرجعة وبانت المرأة منه وهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها ان اتفقا على ذلك واذا أراد أن يراجعها قبل انقضاء العدة فاحسن ذلك ان لايغشاها حتى يشهد شاهدين على رجعتها والاشهاد على الرجعة مستحب عندنا وفى أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى شرط لاتصح الرجعة الابه وهو قول مالك رحمه الله تعالى وهذا عجيب من مذهبه فانه لا يجعل الاشهاد على النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا لظاهر قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر على الوجوب ومذهبنا مروى عن ابن مسعود وعمار بن ياسر رضى الله عنهما ولان الرجعة استدامة للنكاح والاشهاد ليس بشرط في استدامة النكاح وبيانه أن الله تعالى سمى الرجعة امساكا وهو منع للمزايل من أن يعمل عمله بعد انقضاء المدة فلا يكون الاشهاد عليه شرطا كالفيء في الايلاء والمراد بالآية الاستحباب ألا ترى أنه جمع بين الرجعة والفرقة وأمر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد على الفرقة مستحب لا واجب فكذلك على الرجعة وهو نظير قوله تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم ثم البيع صحيح من غير اشهاد وليس في الرجعة عوض لا قليل ولا كثير لانه استدامة للملك فلا يستدعى عوضا ولهذا لا يعتبر فيه رضاها ولا رضى المولى لان الله تعالى جعل الزوج أحق بذلك بقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق اذا استبد به والبعل هو الزوج وفى تسميته بعلا بعد الطلاق الرجعى دليل بقاء الزوجية بينهما فالمباعلة هي المجامعة ففيه اشارة الى أن وطأها حلال له وهو قول علمائنا أن الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء ولكن لا يستحب له أن يطأها قبل الاشهاد على المراجعة لانه يصير مراجعا لها من غير شهود وعند الشافعي رحمه الله تعالى يحرم عليه

وطأها ما لم يراجعها ولهذا شرط الاشهاد على الرجعة لانه سبب لاستباحة الوطء واستدل بقوله تعالى ان أرادوا اصلاحا والاصلاح يكون بعد تمكن الفساد ولم يتمكن الفساد هنا بزوال أصل الملك عرفنا انه تمكن الفساد بحرمة الوطء ويجوز ان تثبت حرمة الوطء مع قيام أصل الملك كمن كاتب أمته يحرم عليه وطأها وان بقى الملك بعد الكتابة ولهذا لا يلزمه مهر جديد بالوطء كما فى المكاتبة ولان هذا طلاق واقع فيحرم الوطء كالواقع بقوله أنت بائن وتقريره ان الاقراء يحتسب بها من العدة بعد الطلاق ومع بقاء ملك النكاح مطلقاً لا يحتسب بالاقراء من العدة لان العدة لصيانة الماء وصون الماء بالنكاح أبلغ منه بالعدة ولان العدة لتبين فراغ الرحم فيستحيل ان تكون هى مشغولة بما يبين فراغ رحمها ويكون الزوج مسلطاً على شغل رحمها والدليل عليه انها اذا جاءت بالولد الى سنتين يحمل هذا من علوق قبل الطلاق ولو بقي الحل بينهما لكان يستند العلوق الى أقرب الاوقات وهى ستة أشهر وحجتنا فى ذلك ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا وذلك استدامة للملك فدل ان الملك باق على الاطلاق وملك النكاح ليس الا ملك الحل فانه لا يملك عينها ولا منافعها فبقاء ملك النكاح مطلقا يكون دليل بقاء حل الوطء الا بعارض يحرم به الوطء في ملك اليمين كالحيض والظهار واختلاف الدين وبكونها مطلقة لا يحرم الوطء بملك اليمين لانها لو كانت أمة فاشتراها بعد الطلاق كان له ان يطأها فكذلك لا يحرم الوطء فى ملك النكاح والدليل على بقاء الملك مطلقا أنه يملك التصرفات كالظهار والايلاء واللعان وانهما يتوارثان وانه يملك الاعتياض بالخلع وملك الاعتياض لا يكون الا مع بقاء أصل الملك وانه بعد الرجعة يحل له وطأها والرجعة ليست بسبب لحل الوطء مقصوداً حتى لا يعتبر فيها المهر ولا رضاها والدليل عليه أن الطلاق بعد الطلاق واقع فلو كان حكم الطلاق زوال الملك به لم يقع الطلاق بعد الطلاق لان المزال لا يزال وكما أن الطلاق الثاني واقع من غير أن يزول الملك به فكذلك الاول لان الحكم الاصلى للطلاق رفع الحل عن المحل اذا تم ثلاثا فأما زوال الملك به معلق بانقضاء العدة قبل الرجعة والمعلق بالشرط عدم قبله وانما سمى الله تعالى الرجعة رداً واصلاحا لانه يعيدها بالرجعة الى الحالة الاولى حتى لا تبين بانقضاء العدة لا لانه يعيدها الي الملك وملك النكاح ليس نظير ملك اليمين فان صفة الحل هناك تنفصل عن أصل الملك ابتداء وبقاء كالاخت من الرضاعة والامة المجوسية وهنا صفة الحل تنفصل عن أصل

الملك ابتداء وبقاء مع أن المكاتبة صارت أحق بنفسها لما التزمت من العوض وهنا الزوج أحق بها ووزان هذا من المكاتبة أن لو طلقها بعوض وكون الطلاق وانما لا يكون دليل حرمة الوطء مع قيام الملك كما بعد الرجعة فان الطلاق يبقى وانما والوطء حلال وهذا لان هذه الازالة بطريق الاسقاط والمسقط يكون متلاشيا لا يتصور اعادته والاحتساب بالاقراء من العدة لانه صار غير مريد لها بالطلاق كمن وطئ أمته ثم أراد بيعها يستبرئها مع قيام الملك والحل واستناد العلوق الى أبعد الاوقات للتحرز عن اثبات الرجعة بالشك فانا لو أسندنا العلوق الى أقرب الاوقات جعلناه مراجعاً لها بالشك وهو بناء على مذهبنا ان جماعه اياها في العدة رجعة منه وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايكون رجعة واعتبر الرجعة بأصل النكاح فكما لا يثبت أصل النكاح بالفعل فكذلك لا تثبت الرجعة وفي الحقيقة هذا بناء على ماتقدم فان عنده الرجعة سبب لاستباحة الوطء ورفع الخلل الواقع في الملك فلا يكون الا بالقول والجماع قبل الرجعة حرام فلايكون سببا للحل وعندنا الرجعة استدامة للملك والفعل المختص به يكون أدل على استدامة الملك من القول وهو نظير الفيء في الايلاء فانه منع للمزيل من أن يعمل بعد انقضاء العدة وذلك يحصل بالجماع وتقول أكثر مافي الباب أن يثبت له أن الطلاق مزيل للملك ولكن المزيل متى ظهر وأعقب خيار الاستبقاء في مدة معلومة يكون مستبقياً للملك بالوطء كمن باع أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها صار بالوطء مستبقيا للملك بل أولى لأن هناك يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهنا لايحتاج الى رفع الطلاق الواقع وكذلك لو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة لأن هذه الافعال تختص بالملك الموجب للحل كالوطء فتكون مباشرته دليل استبقاء الملك ألا ترى في ثبوت حرمة المصاهرة جعلت هذه الافعال بمنزلة الوطء فكذلك في حكم الرجعة والاحسن له أن يشهد شاهدين بعد ذلك هكذا قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه حين سئل عمن طلق امرأته ولم يعلمها حتى غشيها فقال طلقها لغير السنة وراجعها على غير السنة وليشهد على ذلك شاهدين ﴿قال﴾ ولا يكون النظر الى شيء من جسدها سوى الفرج رجعة لان ذلك لايختص بالملك ولانه لا تثبت به حرمة المصاهرة ولان النظر الى الفرج نوع استمتاع فان النظر الى الفرج اما لحسنه أو للاستمتاع وليس في الفرج معنى الحسن فكان النظر اليه استمتاعا بخلاف سائر الاعضاء والنظر الى الفرج بغير شهوة لا يكون رجعة لانه غير مختص بالملك فان القابلة تنظر

والحائضة كذلك فأما اذا قبلته بشهوة أو لمسته بشهوة أو نظرت الى فرجه بشهوة تثبت به الرجعة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولا تثبت عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لان هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك وليس لها ولاية استبقاء الملك فلا يكون فعلها رجعة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا فعلها به كفعله بها فان الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله بها فكذلك في الرجعة ثم فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى في ظاهر الرواية بين هذا وبين الخيار فقال الامة اذا فعلت ذلك بالبائع في مدة الخيار يكون فسخا للبيع وهنا لا يكون رجعة منها لان اسقاط الخيار قد يحصل بفعلها وهو ما اذا جنت على نفسها أو قتلت نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وقد روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى التسوية بين الفصلين فقال لا يسقط هناك الخيار بفعلها ومحمد رحمه الله تعالى يفرق فيقول هناك يسقط الخيار بفعلها لما فيه من فسخ البيع ان كان الخيار للبائع واثبات الملك ان كان الخيار للمشترى وليس اليها ذلك وهنا ليس في الرجعة فسخ السبب ولا اثبات الملك ولكن انما تثبت الرجعة بفعلها اذا أقر الزوج أنها فعلت ذلك بشهوة فأما اذا ادعت هى وأنكر الزوج لا تثبت الرجعة وكذلك ان شهد شاهدان أنها فعلت ذلك بشهوة لان الشهود لا يعرفون ذلك الا بقولها وقولها غير مقبول اذا أنكره الزوج ﴿ قال ﴾ وتعليق الرجعة بالشرط باطل وكذلك الاضافة الى وقت حتى اذا قال راجعتك غداً أو اذا جاء غد فهو باطل لانه استدامة الملك فلا يحتمل التعليق بالشرط كأصل النكاح وانما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة بخلاف الطلاق وهو نظير الاذن للعبد والتوكيل يحتمل التعليق بالشرط لانه اطلاق ورفع للقيد والحجر على العبد وعزل الوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط لانه تقييد ﴿قال﴾ وان قال كنت راجعتك أمس صدق ان كانت في العدة بعد لانه أخبر بما يملك استئنافه فلا يكون متهما في الاخبار ولم يصدق اذا قال ذلك بعد انقضاء العدة لانه أخبر بما لا يملك استئنافه وهذا لان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فاذا كان يملك مباشرته في الحال تنتفي تهمة الكذب عن خبره واذا كان لا يملك مباشرته تتمكن تهمة الكذب في خبره وهو كالوكيل بالبيع اذا قال قبل العزل كنت بعته من فلان يصدق بخلاف ما لو قال بعد العزل فان صدقته المرأة في إخباره بعد انقضاء العدة كان مصدقا لان الحق لا يعدوهما وتصادقهما على الرجعة

كتصادقهما على أصل النكاح ﴿ قال ﴾ واذا طهرت من الحيضة الثالثة غير انها لم تغتسل فالرجعة باقية له عليها وهذا اذا كانت أيامها دون العشرة فاما اذا كانت أيامها عشرة فقد تيقنا بخروجها من الحيض بنفس انقطاع الدم واذا كانت أيامها دون العشرة لم نتيقن بذلك لجواز ان يعاودها الدم فيكون ذلك حيضاً اذا لم يجاوز العشرة وقد قالت الصحابة رضوان الله عليهم الزوج أحق برجعتها مالم تغتسل أو مالم تحل لها الصلاة وحل الصلاة يكون بالاغتسال واذا أخرت الغسل حتى ذهب وقت أدنى الصلاة اليها انقطع حق الرجعة عندنا ولا ينقطع عند زفر رحمه الله تعالى عملا بقول الصحابة رضى الله عنهم مالم تحل لها الصلاة ولبقاء توهم معاودة الدم وكون ذلك حيضاً ولكنا نقول بذهاب الوقت صارت الصلاة دينا فى ذمتها وذلك من خواص أحكام الطاهرات فاذا انضم ذلك الى الانقطاع تقوى به كالاغتسال ولا يعتبر توهم معاودة الدم بعده كما لا يعتبر بعد الاغتسال وقيل فى معنى قول الصحابة رضى الله عنهم حتى تحل لها الصلاة أى تحل عليها الصلاة بأن تلزمها بذهاب الوقت وهو نظير قوله تعالى أولئك لهم اللعنة أى عليهم اللعنة أرأيت لو أخرت الاغتسال شهراً طمعاً فى أن يراجعها الزوج أكان تبقى الرجعة الى هذه المدة هذا قبيح فاذا انقضت عدتها ثم أقام الزوج البينة أنه قال في عدتها قد راجعتها أو انه قال قد جامعتها كان ذلك رجعة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا من أعجب المسائل فانه يثبت اقرار نفسه بالبينة بما لو أقر به للحال لم يكن مقبولا منه وان لم تكن له بينة وكذبته المرأة فأراد ان يستحلفها فلا يمين له عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليها اليمين لان هذا إستحلاف فى الرجعة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يري ذلك على مابيناه فى النكاح فان قيل أليس انها لو ادعت انقضاء عدتها تستحلف فى ذلك ثم لو نكلت كان للزوج أن يراجعها قلنا ذلك استحلاف فى العدة فاذا نكلت بقيت العدة وهي محل الرجعة وهذا استحلاف في نفس الرجعة والخلوة بالمعتدة ليست برجعة لانها لاتختص بالملك فانه يحل للرجل ان يخلو بذوات محارمه فلا يكون دليل استدامة الملك ﴿ قال ﴾ ولو كتمها الطلاق ثم راجعها وكتمها الرجعة فهى امرأته لانه فى ايقاع الطلاق هو مستبد به وكذلك فى الرجعة فانه استدامة للملك ولا يلزمها به شيئاً فلا معتبر بعلمها فيه ولكنه أساء فيما صنع حين ترك الاشهاد على الرجعة وهو مستحب قال بلغنا عن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان اذا أراد

أن يراجع امرأته لم يدخل عليها حتى يشهد ﴿قال﴾ واذا قال زوج المعتدة لها قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى فالقول قولها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولا تثبت الرجعة وعندهما القول قول الزوج والرجعة صحيحة لانها صادفت العدة فان عدتها باقية مالم تخبر بالانقضاء وقد سبقت الرجعة خبرها بالانقضاء فصحت الرجعة وسقطت العدة فانما أخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية الاخبار بعد سقوط العدة لو سكتت ساعة ثم أخبرت ولانها صارت متهمة في الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعته وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الرجعة صادفت حال انقضاء العدة فلا تصح لان انقضاء العدة ليس بعدة مطلقاً وشرط الرجعة أن تكون في عدة مطلقة وبيانه أنها أمينة في الاخبار ولا يمكنها أن تخبر الا بعد الانقضاء فاذا أخبرت مجيبة للزوج عرفنا ضرورة أن الانقضاء سابق وأقرب أحواله حال قول الزوج راجعتك بخلاف ما اذا سكتت ساعة فان أقرب الاحوال للانقضاء هناك حال سكوتها ولا يقال مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادر لان انقضاء العدة لابد من أن يوافق حالة فتارة يوافق كلاما وتارة يوما وتارة قول الزوج راجعتك وإن تمكن ما هو نادر وهو رجعة الزوج فى هذه الحالة وانما تصير متهمة اذا فرطت فى الاخبار بالتأخير ولا تفريط منها هنا لانها لا تقدر على الاخبار الا بعد الانقضاء بخلاف الوكيل فانه مفرط فى الاخبار لان بيعه كان قبل العزل لا مع العزل ولم يذكر فى الكتاب ما اذا قال لها قد طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى قيل هو على هذا الخلاف ولايقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما لو قال لها أنت طالق مع انقضاء عدتك والاصح أنه يقع لاقرار الزوج بالوقوع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتك فى العدة كان مصدقا فى ذلك بخلاف الرجعة ﴿قال﴾ والتوارث قائم بين الرجل والمعتدة من طلاق رجعي لان الزوجية بينهما قائمة وانما انتهت بالموت وهو سبب التوارث ويستوى فيه التطليقة والتطليقتان ويملك مراجعة المرأة الكتابية والمملوكة فى عدتها مثل مايملكه على الحرة المسلمة لانها استدامة للملك كما قلنا والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة فى الطلاق والعدة لبقاء الرق المنصف للحل فيهن والمستسعاة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانها كالمكاتبة ﴿قال﴾ واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها فى العدة وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها فى قول

أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى القول قول الزوج لان بضعها مملوك للمولى وينزل المولى فيها منزلة الحرة من نفسها حتى يصح تزويجه اياها واقراره بالنكاح عليها فكذلك اقراره بالرجعة بمنزلة اقرار الحرة على نفسها به وأبوحنيفة رحمه الله تعالى يقول الرجعة تنبني على سبب لاقول للمولى فيه وهو قيام العدة فان القول في العدة قولها في البقاء والانقضاء دون المولى فكذلك فيما ينبنى عليه توضيحه ان صحة الرجعة حال قيام العدة ولا ملك للمولى عند ذلك في البضع ولا تصرف فكان القول فيه قولها بخلاف التزويج والاقرار به عليها ولوكانت هي التى صدقت الزوج وكذبه المولى لم تثبت الرجعة اما عندهما فظاهر واما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلان بضعها في الحال خالص حق المولى فان عدتها منقضية فلهذا لايقبل قولها فى ذلك ﴿ قال ﴾ والمعتدة من طلاق رجعى تتشوف وتتزين له لان الزوجية باقية بينهما وهو مندوب على أن يراجعها وتشوفها له يرغبه فى ذلك فان كان من شأنه ان لا يراجعها فاحسن ذلك ان يعلمها بدخوله عليها بالتنحنح وخفق النعل كى تتأهب لدخوله لا لان الدخول عليها بغير الاستئذان حرام ولكن المرأة فى بيتها في ثياب مهنتها فربما يقع بصره على فرجها وتقترن به الشهوة فيصير مراجعا لها بغير شهود وذلك مكروه واذا صار مراجعا وليس من قصده امسا كها احتاج الى ان يطلقها وتستأنف العدة فيكون اضرارا بها من حيث تطويل العدة ولهذا قال اكره ان يراها متجردة اذا كان لايريد رجعتها وان رآها لم يكن عليه شيء لان مافوق الرؤية وهو الغشيان حلال له ﴿ قال ﴾ واذا كانت معتدة من تطليقة بائنة أو فرقة بخلع أو إيلاء أولعان أو اختيارها أمر نفسها أوبالأمر باليد أوما أشبه ذلك فلارجعة له عليها لان حكم الرجعة عرف بالنص بخلاف القياس والنص ورد بمطلق الطلاق فبقى الطلاق المقيد بصفة البينونة على أصل القياس وهذا لان كونها مطلقة حكم مطلق الطلاق وهذا لا ينافى ملك النكاح كما بعد الرجعة وكونها مبانة أو مالكة أمر نفسها ينافى ملك النكاح والمتنافيان لا يجتمعان فاذا ثبتت البينونة انتفى النكاح ولا رجعة له عليها وفي الخلع انما التزمت العوض لتتخلص من الزوج وذلك لا يحصل مع قيام الملك وحق الرجعة ﴿ قال ﴾ واذا كان الطلاق بعد الخلوة وهو يقول لم أدخل بها فلا رجعة له عليها لانه مقر بالبينونة وسقوط حقه فى الرجعة واقراره على نفسه صحيح ولان الخلوة انما جعلت تسليما فى حق المهر لدفع الضرر عنها وذلك المعنى

لا يوجد في الرجعة لانها حق الزوج وهو متمكن من غشيانها ﴿قال﴾ وان كانت حين خلا بها حائضا أو صائمة في رمضان أو محرمة أو رتقاء فلا رجعة له عليها لان الخلوة فاسدة في هذه الاحوال فاذا كان حق الرجعة لا يثبت بالخلوة الصحيحة فبالفاسدة أولى وعليه نصف المهر الاعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول جميع المهر لان عليها العدة بالاتفاق ولكنا نقول في العدة معنى حق الشرع وهما متهمان في ذلك فاما المهر حقها فيفصل فيه بين الخلوة الصحيحة والفاسدة وقد بينا فصول الخلوة في كتاب النكاح ﴿قال﴾ واذا كان عنينا أو مجبوبا أو خصيا فخلى بها ولم يدخل بها فلا رجعة له عليها لانه لو كان خلا ولم يدخل بها لم يكن له حق المراجعة في العدة فاذا كان المانع من الدخول ظاهرا فيه أولى أن لا يكون له حق المراجعة في العدة ﴿قال﴾ واذا ادعى الزوج الدخول بها وقد خلا بها وأنكرته المرأة فله الرجعة لان الظاهر شاهد له لان الظاهر من حال الفحل انه متى خلى بالانثى التي تحل له نزا عليها فان قيل الظاهر حجة لدفع الاستحقاق والزوج انما يريد استحقاق الرجعة بقوله قلنا لا كذلك بل الزوج انما يستبقي ماكه بما يقول ويدفع استحقاقها نفسها والظاهر يكفي لذلك ﴿قال﴾ وان لم يخل بها حتى طلقها وادعى الدخول فلا رجعة له عليها لانه يدعي عارضا لا يعرف سببه ولانه لا عدة له عليها في هذه الحالة فان انكارها سبب العدة كانكارها أصل العدة والرجعة لا تكون الا في العدة ﴿قال﴾ واذا قالت ان عدتي قد انقضت وذلك في وقت لا تحيض فيه ثلاث حيض لم تصدق على ذلك لان الامين انما يقبل خبره اذا لم يكن مستحيلا أو مستنكرا فاذا أخبرت بما هو مستحيل أو مستنكر لم تصدق في خبرها ثم بين أدنى المدة التي تصدق فيها وهو شهران في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وتسعة وثلاثون يوما في قولهما وقد بينا هذه المسألة بفروعها في آخر كتاب الحيض ﴿قال﴾ فان قالت قد أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق صدقت على ذلك لانها مسلطة أمينة في الاخبار عما في رحمها قال الله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في أرحامهن والنهي عن الكتمان أمر بالاظهار وقال أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه ان من الامانة ان تؤتمن المرأة على ما في رحمها فاذا أخبرت بذلك وكان محتملا وجب قبول خبرها من غير بينة وان اتهمها الزوج حلفها ﴿قال﴾ وكل سقط لم يستبن شيء من خلقه لا تنقضي به العدة لانه ليس له حكم الولد بل هو كالدم المتجمد وعند الشافعي رحمه الله تعالى يمتحن بالماء الحار فاذا ذاب فيه

فهو دم وان لم يذب فهو ولد ولكن هذا من باب الطب لا من باب الفقه وقد بيناه في كتاب الحيض ﴿قال﴾ واذا قالت بعد مضى شهرين قد انقضت عدتي وقال الزوج قد أخبرتني أمس انها لم تحض شيئا فان كذبته المرأة فالقول قولها مع يمينها لانه يدعى عليها مالا يعرف سببه وهي تنكر ذلك وقد ظهر انقضاء العدة بخبرها وان صدقته في ذلك فله ان يراجعها لان الثابت بالتصادق كالثابت بالمعاينة وبعد ما أخبرت أمس انها لم تحض شيئا فاخبارها في اليوم بانقضاء العدة مستحيل ولان الحق لهما لا يعدوهما وقد تصادقا على قيام الزوجية بينهما ﴿قال﴾ فان كانت تعتد بالشهور لصغر أو اياس فحاضت انتقض مامضى من عدتها بالشهور وكان عليها ثلاث حيض أما في الآيسة فظاهر لانها لما حاضت تبين أنها لم تكن آيسة وانما كانت ممتداً طهرها وأما في الصغيرة اذا حاضت فلانها قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل والقدرة على الاصل تمنع اعتبار البدل ولا يكمل مع الاصل لانهما لا يلتقيان فلابد من الاستئناف وعلى هذا قالوا لو طلقها تطليقة فحاضت وطهرت قبل مضى الشهر له أن يطلقها أخرى لان الفصل بالشهر بين الطلاقين كان قبل ظهور الحيض ﴿قال﴾ وكذلك لو حاضت حيضة ثم أيست من الحيض اعتدت بالشهور ثلاثة أشهر بعد الحيضة لان اكمال الاصل بالبدل غير ممكن فلابد من الاستئناف واياسها أن تبلغ من السن مالا يحيض فيه مثلها لانه معنى في باطنها لا يوقف على حقيقته فلابد من اعتبار السبب الظاهر فيه واذا بلغت من السن مالا يحيض فيه مثلها وهي لا ترى الدم فالظاهر أنها آيسة ولم يقدر السن في الكتاب وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى التقدير بخمسين سنة وفي رواية ستين سنة وفصل في رواية بين الروميات والخراسانيات في الروميات التقدير بخمسين سنة لان الهرم يسرع اليهن وفي الخراسانيات التقدير بستين سنة وأكثر مشايخنا على التقدير بالزيادة على خمسين سنة فقد قالت عائشة رضي الله تعالى عنها اذا جاوزت المرأة خمسين سنة لم تر في بطنها قرة عين ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته واحدة ثم راجعها في الحيضة الثانية ثم طلقها بعد الطهر وتركها حتى حاضت الثالثة ثم راجعها ثم طلقها بعد الطهر فعليها العدة بعد التطليقة الثالثة ثلاث حيض لان الرجعة قد صحت لمصادفتها العدة فاذا طلقها كان عليها عدة مستقبلة وقد أساء فيما صنع لانه طول العدة عليها وجاء عن ابن عباس رضي الله عنه في تأويل قوله تعالى ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا انه نزل فيما ذكرنا وأما قوله تعالى فلا تعضلوهن ان

ينكحن أزواجهن انما نزلت فيما اذا خطبها الزوج بعد انقضاء عدتها وأبى أولياؤها ان يتركوها ﴿قال﴾ واذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة غير أنه بقي منها عضو لم يصبه الماء فالزوج يملك الرجعة ولو بقي مادون العضو لم يكن للزوج عليها رجعة قال هذا والأول سواء غير أني أستحسن ولم يذكر في الكتاب نصا موضع القياس والاستحسان وقيل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى القياس والاستحسان في العضو الكامل في القياس ينقطع لأنها مغتسلة وقد غسلت أكثر البدن وللأكثر حكم الكل وفي الاستحسان لا ينقطع لان العضو الكامل ورد الخطاب بتطهيره شرعا فبقاؤه كبقاء جميع البدن ولان العضو الكامل لايقع الانتقال عنه عادة فلا يسرع اليه الجفاف عادة بخلاف مادونه وعند محمد رحمه الله تعالى القياس والاستحسان فيما دون العضو في القياس يبقى حكم الرجعة لبقاء حكم الحدث كما قال صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة ولانه لم تحل لها الصلاة فكان هذا وبقاء عضو كامل سواء وفي الاستحسان تنقطع الرجعة لان مادون العضو لقلته يسرع اليه الجفاف فلا يتيقن بعدم اصابة الماء فلهذا يؤخذ فيه بالاحتياط فتنقطع الرجعة ولكن لايحل لها ان تتزوج حتى تغسل ذلك الموضع احتياطاً لان الماء لم يصل الى ذلك الموضع من حيث الظاهر ﴿قال﴾ ولو تركت المضمضة والاستنشاق في الاغتسال لاتنقطع الرجعة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لبقاء عضو كامل وتنقطع عند محمد رحمه الله احتياطاً لشبهة اختلاف العلماء رحمهم الله تعالى فان من الناس من يقول المضمضة والاستنشاق في الاغتسال سنة فكان الاحتياط في قطع الرجعة ﴿قال﴾ واذا لم تقدر على الماء بعد ماطهرت وأيامها دون العشرة فتيممت وصلت مكتوبة أو تطوعا فقد انقطعت الرجعة لانا حكمنا بطهارتها حين جوزنا صلاتها بالتيمم فهو بمنزلة مالو مضى عليها وقت صلاة وهناك تنقطع الرجعة فهنا كذلك فان وجدت الماء بعد هذا اغتسلت ولم يعد حق الرجعة لان صلاتها تلك بقيت مجزئة وهذا بخلاف ما اذا عاودها الدم لان بمعاودة الدم تبين أن الانقطاع لم يكن طهراً وبوجود الماء لايتبين ذلك فاما اذا تيممت ولم تصل فللزوج عليها حق الرجعة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله استحسانا وفي قول محمد رحمه الله تعالى قد انقطعت الرجعة وهو القياس لان التيمم عند عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء فيما يبنى أمره على الاحتياط بدليل حل أداء الصلاة لها وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف والحكم

بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط ألا ترى انها لو اغتسلت وبقى على بدنها لمعة تنقطع الرجعة عنها احتياطا وان لم يحل لها أداء الصلاة فهنا أولى وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطاً ولم يحل لها أداء الصلاة فى هذين الموضعين فهنا أولى أن تنقطع الرجعة وقدحل لها أداء الصلاة وهذا لان التيمم طهارة عند عدم الماء قال الله تعالى ولكن يريد ليطهركم فاذا أتت به لم تبق مخاطبة بالتطهير فتنقطع الرجعة كالنصرانية تحت مسلم اذا انقطع دمها من الحيضة الثالثة انقطعت الرجعة بنفس الانقطاع لأنها غير مخاطبة بالتطهير وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا التيمم طهارة ضعيفة فلا تنقطع به الرجعة كنفس الانقطاع وبيانه أنه لايرفع الحدث بيقين حتى أن المتيمم اذا وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق ولانه في الحقيقة تلويث وتغيير وهذا ضد التطهير وانما جعل طهارة حكما لضرورة الحاجة الى أداء الصلاة لانها مؤقتة والثابت بالضرورة لايعدو موضع الضرورة فكان طهارة فى حكم الصلاة وفيما هو من توابع الصلاة خاصة كدخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولاضرورة فى حكم الرجعة فكان التيمم في حكم الرجعة عند عدم الماء كهو عند وجود الماء توضيحه أن التيمم مشروع لمقصود وهو أداء الصلاة لارفع الحدث به ولهذا لايؤمر به قبل دخول الوقت وفى الوقت أيضا ينتظر آخر الوقت وما كان مشروعا لمقصود فقبل انضمام ذلك المقصود اليه كان ضعيفا فلا يزول به الملك كشهادة الشاهدين على الطلاق لما كان المقصود هو قضاء القاضي به فما لم ينضم اليه القضاء لايكون مزيلا للملك وهذا بخلاف ما إذا بقى على بدنها لمعة لان قطع الرجعة هنالك لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكانت طهارة قوية فى نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانها طهارة قوية لكونها اغتسالاً بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك فى حكم حل الصلاة احتياطاً لاشتباه الادلة فى طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة أيضا لكونها طهارة قوية واذا ثبت أن الطهارة قوية جاء موضع الاحتياط فقلنا بأنه تنقطع الرجعة احتياطا ولاتحل للأزواج حتى تغتسل بماء آخر أو تتيمم وتصلى لاحتمال نجاسة ذلك الماء احتياطاً وهذا بخلاف النصرانية فانه ليس عليها اغتسال أصلا فكان نفس الانقطاع كطهارة قوية فى نفسها وهنا الاغتسال واجب عليها بعد التيمم وانما تعذر للعجز ولم يذكر في الكتاب ماذا تيممت وشرعت فى الصلاة والصحيح عند

أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أن الرجعة لانقطع مالم تفرغ من الصلاة لأن الحال بعد شروعها في الصلاة كالحال قبله ألا ترى أنها اذا رأت الماء لا يبقى لتيممها أثر بخلاف مابعد الفراغ فانها وان رأت الماء تبقى صلاتها مجزئة وتأويل قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الزوج أحق برجعتها مالم تحل الصلاة لها وحل الصلاة بالاغتسال فانه صح من مذهبه أنه كان لا يرى التيمم للجنب والحائض وان لم يجد الماء شهراً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب العدة وخروج المرأة من بيتها

قد بينا عدة ذات القروء والآيسة والصغيرة اذا كانت حرة أو أمة فأما عدة الوفاة فانها لا تجب الا عن نكاح صحيح ويستوى فيه المدخول بها وغير المدخول بها صغيرة كانت أو كبيرة حتى اذا كانت حرة مسلمة أو كتابية تحت مسلم فعدتها ماقال الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقوله ويذرون أزواجا بيان أنها لا تجب الا بنكاح صحيح لان اسم الزوجية مطلقا لا يكون الا بعد صحة النكاح ويستوي في هذا الاسم المدخول بها وغير المدخول بها وهذا لان العدة محض حق النكاح لان النكاح بالموت ينتهى فانه يعقد للعمر ومضى مدة العمر ينهيه فتجب العدة حقاً من حقوقه وبين السلف رحمهم الله فيه خلاف في أربعة فصول (أحدها) أن منهم من يقول لها عدتان الأطول وهو الحول والأقصر وهو أربعة أشهر وعشرا كما قال الله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فان خرجن أى بعد أربعة أشهر وعشرا فلا جناح عليكم ففي هذا بيان ان العدة الكاملة هو الحول وان الاكتفاء بأربعة أشهر وعشرا رخصة لها ولكنا نقول هذه الآية منسوخة وهذا حكم كان فى الابتداء ان على الزوج أن يوصى لها بالنفقة والسكنى الى الحول وقد انتسخ ذلك بقوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا والدليل عليه ماروى ان المتوفى عنها زوجها لما جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الاكتحال قال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن فى الجاهلية اذا توفى عنها زوجها قعدت فى شر أحلاسها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا (والثانى) أن المعتبر عشرة أيام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا وعن عبد الله بن عمرو بن

العاص رضى الله عنهما انه كان يقول عشر ليال وتسعة أيام حتى يجوز لها أن تتزوج فى اليوم العاشر لظاهر قوله تعالى وعشراً فان جمع المؤنث يذكر وجمع المذكر يؤنث فيقال عشرة أيام وعشر ليال فلما قال هنا وعشرا عرفنا أن المراد الليالى ولكنا نقول هو كذلك الا أن ذكر أحد العددين من الايام والليالى بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بازائه من العدد الآخر وقد بينا هذا في باب الاعتكاف (والثالث) أن المتوفي عنها زوجها اذا كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها عندنا وهو قول ابن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وكان علي رضى الله عنه يقول تعتد بأبعد الاجلين اما بوضع الحمل أو بأربعة أشهر وعشراً لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن يوجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن يوجب عليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشراً فيجمع بينهما احتياطا ولو وضعت قبل أربعة أشهر وعشراً فليس لها أن تتزوج لان أمر العدة مبنى على الاحتياط ولكن قد صح عن ابن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أن قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن قاضية على قوله تعالى يتربصن بأنفسهن حتى قال ابن مسعود رضى الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصوى واولات الاحمال أجلهن نزلت بعد قوله أربعة أشهر وعشرا التى فى سورة البقرة وقال عمر رضي الله تعالى عنه لو وضعت مافى بطنها وزوجها على سريره لا نقضت عدتها والدليل عليه حديث سبيعة بنت الحارث الاسلمية رضى الله تعالى عنها فانها وضعت مافى بطنها بعد موت الزوج بتسعة أيام فسألت أبا السنابل بن بعكك هل لها أن تتزوج فقال لا حتى يبلغ الكتاب أجله فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته بما قال أبو السنابل فقال صلى الله عليه وسلم كذب أبو السنابل فقد بلغ الكتاب أجله اذا أردت النكاح فادأبي وانما اشتبه على على رضى تعالى عنه لان بوضع الحمل يتبين براءة الرحم وفى التربص بأربعة أشهر وعشرا لاعبرة بشغل الرحم حتى تستوى فيها الصغيرة والكبيرة بخلاف عدة الطلاق ولكنا نقول أصل العدة مشروع لبراءة الرحم وتمام ذلك بوضع الحمل ففي حق الحامل لايعتبر شئ آخر بأى سبب وجبت عليها العدة (والرابع) ان عدة الوفاة معتبرة من وقت موت الزوج عندنا وهو قول ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما وكان على رضى الله عنه يقول من حين تعلم بموته حتى اذا مات الزوج فى السفر فأتاها الخبر بعد مضى مدة العدة عند على رضى تعالى الله عنه يلزمها عدة مستأنفة لان عليها الحداد

أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أن الرجعة لاتنقطع مالم تفرغ من الصلاة لأن الحال بعد شروعها فى الصلاة كالحال قبله ألا ترى أنها اذا رأت الماء لايبقى لتيممها أثر بخلاف مابعد الفراغ فانها وان رأت الماء تبقى صلاتها مجزئة وتأويل قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الزوج أحق برجعتها مالم تحل الصلاة لها وحل الصلاة بالاغتسال فانه صح من مذهبه أنه كان لايرى التيمم للجنب والحائض وان لم يجد الماء شهراً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب العدة وخروج المرأة من بيتها

قد بينا عدة ذات القروء والآيسة والصغيرة اذا كانت حرة أو أمة فاما عدة الوفاة فانها لاتجب الا عن نكاح صحيح ويستوى فيه المدخول بها وغير المدخول بها صغيرة كانت أو كبيرة حتى اذا كانت حرة مسلمة أو كتابية تحت مسلم فعدتها ماقال الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقوله ويذرون أزواجا بيان انها لاتجب الا بنكاح صحيح لان اسم الزوجية مطلقا لايكون الا بعد صحة النكاح ويستوي فى هذا الاسم المدخول بها وغير المدخول بها وهذا لان العدة محض حق النكاح لان النكاح بالموت ينتهى فانه يعقد للعمر ومضى مدة العمر ينهيه فتجب العدة حقاً من حقوقه وبين السلف رحمهم الله فيه خلاف في أربعة فصول (أحدها) أن منهم من يقول لها عدتان الأطول وهو الحول والأقصر وهو أربعة أشهر وعشرا كما قال الله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فان خرجن أى بعد أربعة أشهر وعشرا فلا جناح عليكم ففى هذا بيان ان العدة الكاملة هو الحول وان الاكتفاء بأربعة أشهر وعشرا رخصة لها ولكنا نقول هذه الآية منسوخة وهذا حكم كان فى الابتداء ان على الزوج أن يوصى لها بالنفقة والسكنى الى الحول وقد انتسخ ذلك بقوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا والدليل عليه ماروى ان المتوفى عنها زوجها لما جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الاكتحال قال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن فى الجاهلية اذا توفى عنها زوجها قعدت فى شر أحلاسها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا (والثانى) أن المعتبر عشرة أيام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا وعن عبد الله بن عمرو بن

العاص رضى الله عنهما انه كان يقول عشر ليال وتسعة أيام حتى يجوز لها أن تتزوج فى اليوم العاشر لظاهر قوله تعالى وعشرا فإن جمع المؤنث يذكر وجمع المذكر يؤنث فيقال عشرة أيام وعشر ليال فلما قال هنا وعشرا عرفنا أن المراد الليالى ولكنا نقول هو كذلك الا أن ذكر أحد العددين من الايام والليالى بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بإزائه من العدد الآخر وقد بينا هذا في باب الاعتكاف (والثالث) أن المتوفي عنها زوجها اذا كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها عندنا وهو قول ابن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وكان علي رضى الله عنه يقول تمتد بأبعد الاجلين اما بوضع الحمل أو بأربعة أشهر وعشرا لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن يوجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن يوجب عليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشرا فيجمع بينهما احتياطا ولو وضعت قبل أربعة أشهر وعشرا فليس لها أن تتزوج لان أمر العدة مبنى على الاحتياط ولكن قد صح عن ابن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أن قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن قاضية على قوله تعالى يتربصن بأنفسهن حتى قال ابن مسعود رضى الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصوى واولات الاحمال أجلهن نزلت بعد قوله أربعة أشهر وعشرا التى فى سورة البقرة وقال عمر رضي الله تعالى عنه لو وضعت ما فى بطنها وزوجها على سريره لا نقضت عدتها والدليل عليه حديث سبيعة بنت الحارث الاسلمية رضى الله تعالى عنها فانها وضعت ما فى بطنها بعد موت الزوج بتسعة أيام فسألت أبا السنابل بن بعكك هل لها أن تتزوج فقال لا حتى يبلغ الكتاب أجله فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته بما قال أبو السنابل فقال صلى الله عليه وسلم كذب أبو السنابل فقد بلغ الكتاب أجله اذا أردت النكاح فاذنيي وانما اشتبه على على رضى تعالى عنه لان بوضع الحمل يتبين براءة الرحم وفى التربص بأربعة أشهر وعشرا لا عبرة بشغل الرحم حتى تستوى فيها الصغيرة والكبيرة بخلاف عدة الطلاق ولكنا نقول أصل العدة مشروع لبراءة الرحم وتمام ذلك بوضع الحمل ففي حق الحامل لا يعتبر شيء آخر بأى سبب وجبت عليها العدة (والرابع) ان عدة الوفاة معتبرة من وقت موت الزوج عندنا وهو قول ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما وكان على رضى الله عنه يقول من حين تعلم بموته حتى اذا مات الزوج فى السفر فأتاها الخبر بعد مضى مدة العدة عند على رضى تعالى الله عنه يلزمها عدة مستأنفة لان عليها الحداد

في عدة الوفاة ولا يمكنها اقامة سنة الحداد الا بعد العلم بموته ولان هذه المدة تجب بطريق العبادة فلا بد من علمها بالسبب لتكون مؤدية للعبادة ولكنا نقول المدة مجرد مضي المدة وذلك يتحقق بدون علمها فهو وعدة الطلاق سواء وأكثر ما في الباب أنها لم تقم سنة الحداد ولكن ذلك لايمنع من انقضاء المدة كما لو كانت عالمة بموت الزوج ومعني العبادة في المدة تبع لا مقصود الا ترى انها تجب على الكتابية تحت المسلم وهى لا تخاطب بالعبادات ﴿ قال ﴾ والمتوفى عنها زوجها اذا كانت أمة أو مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد فان كانت حائلا فعدتها شهران وخمسة أيام لان الرق منصف للعدة كما بينا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لان مدة الحبل لاتحتمل التنصيف فان شيئا من المقصود وهو براءة الرحم لايحصل قبل وضع الحمل ﴿ قال ﴾ ولا ينبغي للمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة أو رجعية أن تخرج من منزلها ليلا ولا نهارا حتى تنقضي عدتها لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قال ابراهيم رضى الله عنه الفاحشة خروجها من بيتها وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابن مسعود رضي الله عنه الفاحشة أن تزنى فتخرج لاقامة الحد وبه أخذ أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال ابن عباس رضى الله عنه الفاحشة نشوزها وأن تكون بذيئة اللسان تبذو على احماء زوجها وما قاله ابن مسعود رضى الله عنه هو الاصح فانه جعل الفاحشة غاية والشيء لا يجعل غاية لنفسه وما ذكره ابراهيم محتمل أيضاً والمعنى أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي صلى الله عليه وسلم الا أن يكون كافراً ولا يزنى الا أن يكون فاسقا وعلى هذا لا تخرج لسفر الحج ولا لغيره لان الامتناع من الخروج موقت بالعدة يفوت بمضيها والخروج للحج لا يفوتها فتقدم ما يفوت على ما لا يفوت وأما المتوفى عنها زوجها فلها أن تخرج بالنهار لحوائجها ولكنها لا تبيت فى غير منزلها لما روى أن فريعة بنت مالك بن أبي سنان أخت أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وفاة زوجها تستأذنه أن تعتد فى بنى خدرة فقال صلى الله عليه وسلم امكثى فى بيتك حتى تنقضي عدتك ولم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وعن علقمة رضى الله تعالى عنه أن اللاتى توفى عنهن أزواجهن شكون الى ابن مسعود رضى الله تعالى عنه الوحشة فرخص لهن أن يتزاورن بالنهار ولا يبتن فى غير منازلهن والمعنى فيه أنه لا نفقة فى هذه المدة على زوجها فهى تحتاج الى الخروج لحوائجها في النهار وتحصيل

ما تنفق على نفسها بخلاف المطلقة فانها مكفية المؤنة ونفقتها على زوجها على أى وجه وقعت الفرقة بالطلاق فلاحاجة بها الى الخروج وان كانت أبرأت زوجها فى الخلع فهى التى أضرت بنفسها فلا يعتبر ذلك وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالي أن للمتوفى عنها زوجها أن تبيت فى غير منزلها أقل من نصف الليل وهذا صحيح لان المحرم عليها البيتوتة فى غير منزلها والبيتوتة فى جميعها أو أكثرها ﴿قال﴾ وان كانت مدبرة أو أم ولد أو أمة أو مكاتبة فلها أن تخرج في عدة الطلاق والوفاة جميعا لانها ما كانت ممنوعة عن الخروج فى حال النكاح والمنع في العدة على ذلك ينبني وهذا لان خدمتها حق مولاها والمنع عن الخروج اما لحق الشرع أو لحق الزوج وحق المولى فى الخدمة مقدم على ذلك كله والمكاتبة انما تخرج للاكتساب وفي كسبها حق المولى اما أن يستوفى منه بدل الكتابة أو يخلص له اذا عجزت والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وكذلك الكتابية تحت مسلم اما في الطلاق الرجعي للزوج أن يمنعها من الخروج لقيام النكاح بينهما وأما فى الطلاق البائن فان منعها الزوج عن الخروج فله ذلك تحصينا لمائه ولكيلا تلحق به نسبا ليس منه وهو معني قوله تعالى لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أى ولدا وأما اذا كان لايمنعها الزوج فلها أن تخرج وكذلك في عدة الوفاة لها أن تبيت فى غير منزلها لان المنع لحق الشرع وهى لاتخاطب بذلك واليه أشار فقال لان مافيها من الشرك أعظم من الخروج فى العدة وان كانت صبية فلها أن تخرج لانها لاتخاطب بما هو أعظم من هذا من حقوق الشرع كالصلوات والحدود وليس للزوج أن يمنعها فى الطلاق البائن لانه لم يبق له عليها ملك ولا يتوهم الحبل قالوا الا أن تكون مراهقة يتوهم أن تحبل فحينئذ هى كالكتابية فاما في الطلاق الرجعى هى لاتخرج الا باذن الزوج لبقاء ملك النكاح له عليها ﴿قال﴾ واذا كانت المرأة مع زوجها فى منزل مكرا فطلقها فيه فالكراء على زوجها حتى تنقضي عدتها لان السكنى عليه والكراء مؤنة السكنى فتكون عليه كما في حال قيام النكاح فان أخرجها أهل المنزل فهى فى سعة من التحول لان الحق لهم في منزلهم وهى لاتقدر على المقام مع الاخراج فيكون ذلك عذرا لها فى التحول كما اذا انهدم المنزل فاما فى عدة الوفاة أجر المنزل عليها لانها لاتستوجب على زوجها السكني كما لاتستوجب النفقة فاذ مكنها أهل المنزل من المقام بكراء وهى تقدر على ذلك فعليها ان تسكن * وان كانت لاتجد ذلك فهى في سعة من التحول لان سكناها في ذلك

المنزل حق الشرع فاذا قدرت عليه بعوض لزمها كالمسافر اذا وجد الماء بثمن مثله فان كان عنده الثمن فليس له ان يتيمم وان لم يكن عنده الثمن فله ان يتيمم وكذلك ان كان زوج المطلقة غائبا فاخذها أهل المنزل بكراء فعليها ان تعطى الأجر وتسكن اذا كانت تقدر على ذلك وان كانت فى منزل زوجها فمات الزوج ان كان نصيبها من ذلك يكفيها فعليها ان تسكن في نصيبها فى العدة ولا يخلو بها من ليس بمحرم لها من ورثة الزوج وان كان نصيبها لا يكفيها فان رضى ورثة الزوج ان تسكن فيه سكنت وان أبوا كانت في سعة من التحول للعذر وان كانت فى منزل مخوف على نفسها أو مالها وليس معها رجل كانت فى سعة من الرحلة لان المقام مع الخوف لا يمكن وفى المقام ضرر عليها في نفسها ومالها وذلك عذر فى اسقاط حق الشرع كما لو كان بينه وبين الماء سبع أو عدو ولو كانت بالسواد فدخل عليها الخوف من سلطان أو غيره كانت فى سعة من التحول الي المصر لانها تتمكن من ازالة الخوف عنها بالتحول الى المصر ولو كان زوال الخوف بالتحول من منزل الى منزل كان لها ان تتحول فكذلك اذا كان بالتحول من السواد الى المصر ﴿قال﴾ واذا طلقها وهي فى بيت أهلها أو غيرهم زائرة كان عليها ان تعود الى منزل زوجها حتى تعتد فيه سواء كان زوجها معها أو لم يكن لان الواجب عليها المقام فى منزل مضاف اليها قال الله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن والاضافة اليها بكونها ساكنة فيه فعرفنا أن المستحق عليها المقام في منزل كانت ساكنة فيه الى وقت الفرقة وهذا لان المنزل الذى هى فيه زائرة ليس بمضاف اليها فعليها أن تعود الى المنزل الذى كانت ساكنة فيه لتتمكن من اقامة حق الشرع ﴿قال﴾ ولو سافر بها ثم طلقها فان كان الطلاق رجعيا فهي لاتفارق زوجها لان الطلاق الرجعى لا يقطع النكاح فأما اذا طلقها طلاقاً رجعياً فى منزلها فليس له أن يسافر بها قبل الرجعة عندنا وله ذلك عند زفر رحمه الله تعالى قيل هذا بناء على أن السفر بها رجعة عند زفر رحمه الله تعالى لانه دليل استدامة الملك كالتقبيل والمس بشهوة وعندنا لا يكون السفر بها رجعة لانه غير مختص بالملك كالخلوة وقيل هي مسئلة مبتدأة فهو يقول الحل والنكاح بينهما قائم فله أن يسافر بها ولكنا نقول هى معتدة والمعتدة ممنوعة من انشاء السفر مع زوجها كما تمنع من انشاء السفر مع المحرم وربما تنقضي عدتها فى الطريق فتبقى بغير محرم ولا زوج وأما فى الطلاق البائن فان كان بينها وبين مقصدها دون مسيرة سفر وبينها

وبين منزلها كذلك فعليها أن ترجع الى منزلها لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في المدة تعين عليها ذلك وان كان بينها وبين مقصدها دون مسيرة سفر وبينها وبين منزلها مسيرة سفر مضت الى مقصدها ولم ترجع لانها اذا مضت لاتكون منشئة سفراً ولا سائرة فى المدة مسيرة سفر واذا رجعت تكون منشئة سفراً فلهذا مضت الى مقصودها وان كان كل واحد من الجانبين مسيرة سفر فان كان الطلاق أو موت الزوج فى موضع لا تقدر على المقام فيه كالمفازة توجهت الى أى الجانبين شاءت سواء كان معها محرم أو لم يكن وينبغي لها أن تختار أقرب الجانبين وهي في هذه المسألة كالتى أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر الى دارنا من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها فهذه فى المفازة كذلك فأما اذا كانت في مصر أو قرية تقدر على المقام فيه فليس لها أن تخرج عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى تنقضي عدتها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان لم يكن معها محرم فكذلك وان كان معها محرم فلها أن تخرج الى أى الجانبين شاءت لانها غريبة فى هذا الموضع والغريب يؤذى ويقصد بالجفاء ومن يصبر على الاذي فكانت مضطرة الى الخروج فلها أن تخرج الى أى الجانبين شاءت كما لو كانت في المفازة الا أن هذا من وجه إنشاء سفر فيعتبر فيه المحرم بخلاف تلك المسألة ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى طريقان (أحدهما) أنها الى الآن كانت تابعة للزوج في السفر ألا ترى أن المعتبر نية الزوج فى السفر والاقامة لانيتها وقد زال ذلك فتكون هي منشئة سفراً من موضع أمن وغياث والعدة تمنعها من ذلك كما لو كانت فى منزلها بخلاف المفازة فانها ليست بموضع الاقامة فلا تكون هى فى التحول منشئة سفراً وقالوا على هذا الطريق اذا كانت سافرت مع المحرم بغير زوج فأتاها خبر موت الزوج أو الطلاق لا يكون عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى المقام فيه لانها ماضية على سفرها لامنشئة (والطريق الآخر) ان تأثير العدة في المنع من الخروج أكثر من عدم المحرم ألا ترى ان للمرأة أن تخرج من غير المحرم مادون مسيرة السفر وليس لها ان تخرج من منزلها فى عدتها دون مدة السفر ثم فقد المحرم هنا يمنعها من الخروج بالاتفاق فلان تمنعها العدة من الخروج وانها ليست فى موضع مخوف أولى بخلاف ما اذا كانت فى المفازة فان فقد المحرم هناك لايمنعها من الخروج لانها ليست فى موضع القرار فكذلك العدة حتى

لو وصلت الى مصر أو قرية لم يكن لها ان تخرج بعد ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ﴿قال﴾ وللمعتدة ان تخرج من بيتها الى الدار وتبيت فى أى بيوت الدار شاءت لان جميع الدار منزل واحد وعليها ان تبيت فى منزلها وذلك موجود فى أى بيت باتت وبالخروج الى صحن الدار لاتصير خارجة من منزلها الا ترى انها فى حال بقاء النكاح ليس للزوج ان يمنعها من ذلك الا ان يكون في الدار منازل غيرهم فحينئذ لاتخرج الى تلك المنازل لان صحن الدار هنا بمنزلة السكة والوصول اليه تصير خارجة من منزلها وهى ممنوعة من ذلك فى العدة ﴿قال﴾ واذا طلقها طلاقا بائناً وليس له الا بيت واحد فينبغى ان يجعل بينه وبينها ستراً وحجابا لانه ممنوع من الخلوة بها بعد ارتفاع النكاح فيتخذ بينه وبينها سترة حتى يكون فى حكم بيتين وكذلك فى الوفاة اذا كان له أولاد رجال من غيرها فاذا هم وسعوا عليها وخرجوا عنها أو ستروا بينهم وبينها حجابا فلتقم حتى تنقضى عدتها وان أبوا ان يفعلوا ذلك فلتنتقل معناه اذا أخرجوها وكان نصيبها لا يكفيها أو كانت تخاف على نفسها منهم فاذا لم يكن بهذه الصفة فلا بأس بان تقيم معهم لان أولاده محرم لها الا ان يكون من ورثته من ليس بمحرم لها ﴿قال﴾ بلغنا أن على بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه نقل أم كلثوم حين قتل عمر رضى الله تعالى عنه لانها كانت فى دار الامارة وروى ان عائشة رضى الله تعالى عنها نقلت اختها أم كلثوم حين قتل طلحة بن عبيد الله رضى الله تعالى عنه ﴿قال﴾ واذا انهدم منزل المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فهى فى سعة من التحول الى أى موضع شاءت لان المقام فى المنزل المهدوم غير ممكن فكان ذلك عذرا فى التحول والتدبير فى اختيار المنزل اليها بعد زوال الملك عنها الا في الطلاق الرجعى فان التدبير الى الزوج في اختيار المنزل فله أن ينقلها حيث أحب وكذلك فى الطلاق البائن اذا كان الزوج حاضراً وأراد أن ينقلها الى منزل آخر عند العذر فالخيار فى ذلك اليه لان ملك اليد له عليها باق مادامت فى العدة والسكنى والنفقة عليه فكان له أن يحصنها حتى لاتلحق به مايكره وانما الاختيار اليها اذا كان الزوج ميتاً أو غائباً عند تحقق العذر ﴿قال﴾ ولاينبغى للمعتدة أن تحج ولا تسافر مع محرم وغير محرم على مامر وفى الكتاب قال بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالي عنه انه رد المتوفى عنها زوجها من ذي الحليفة وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه انه ردهن من قصر النجف وكن قد خرجن حاجات فدل ان المعتدة تمنع من ذلك ﴿قال﴾ واذا طلقت الامة

تطليقة رجعية ثم أعتقت صارت عدتها عدة الحرة وان كان الطلاق بائنا لم تنتقل عدتها من عدة الاماء الى عدة الحرائر وعند مالك لا تنتقل عدتها الى عدة الحرائر في الوجهين جميعاً وهو أحد قولى الشافعى وفى القول الآخر قال تنتقل عدتها في الوجهين وجه قول مالك ان ما يختلف بالرق والحرية يكون المعتبر فيه حال تقرر الوجوب كالحدود وهكذا يقول الشافعى رحمه الله تعالى في أحد القولين بناء على أصله أن الطلاق الرجعى يرفع الحل فالعتق بعده لا يؤثر فى الحل فلا تتغير العدة كما بعد البينونة وحجتنا فى ذلك أن ملك النكاح يختلف بالحرية والرق لتنصف الحل بسبب الرق وقد بيناه فى كتاب النكاح ثم الطلاق الرجعى لا يزيل ملك النكاح فاذا أعتقت كمل ملك النكاح عليها بكمال حالها بعد العتق والعدة فى الملك الكامل تتقدر بثلاث حيض فأما بعد البينونة فقد زال الملك فلا يتكامل بالعتق الملك الزائل عن الحل توضيحه أن العدة بعد الطلاق الرجعى بعرض التغير حتى تتغير بموت الزوج من الاقراء الى الشهور بعد موته فكذلك بعتقها تتغير الى ثلاث حيض فأما بعد ما بانت فى الصحة فلا تتغير من الاقراء الى الاشهر بعد موته فكذلك لا تتغير بعتقها توضيحه أن زوال الملك بعد الطلاق الرجعى بانقضاء العدة فلا يزول الملك عن الحرة الا بثلاث حيض بخلاف ما بعد البينونة وبخلاف الحدود فانها مبنية على الدرء والاسقاط والعدة مأخوذ فيها بالاحتياط وسائر وجوه الفرقة كالطلاق فى هذا وكذلك فى عدة الوفاة لان الملك هناك يزول بالموت ومذهبنا فى الفصلين مروى عن النخعى والشعبى رحمهما الله تعالى

﴿ قال ﴾ واذا مات زوج أم الولد عنها ومولاها ولا يعلم أيهما مات أولا وبين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشراً من آخرهما موتا احتياطاً ولا معتبر بالحيض فيها لأنا تيقنا انه ليس عليها العدة بالحيض فان المولى لو مات أولا فقد مات وهي منكوحة الغير فلا عدة عليها منه لان وجوب العدة من المولى بزوال فراشه عنها ولا فراش للمولى عليها هنا فان مات المولى آخرا فقد مات وهي معتدة من الزوج فلم تكن فراشا للمولى أيضا ولكن من وجه عليها شهران وخمسة أيام وهو ما اذا مات الزوج أولا ومن وجه عليها أربعة أشهر وعشرا وهو ما اذا مات الزوج آخراً فقلنا تعتد بأربعة أشهر وعشراً احتياطا وان علم أن بين موتيهما شهرين وخمسة أيام أو أكثر فعدتها أربعة أشهر وعشرا تستكمل فيها ثلاث حيض لانه ان مات الزوج أولا فقد انقضت عدتها

بشهرين وخمسة أيام ثم مات المولى فعليها العدة بثلاث حيض لانه مات بعد ما صارت فراشا وان مات المولى أولا فقد عتقت بموته ثم عليها بموت الزوج أربعة أشهر وعشرا والعدة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا جمعنا بين العدتين فأما اذا لم يعلم مابين موتيهما ولا أيهما مات أولا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليها أربعة أشهر وعشرا لا حيض فيها وعندهما تستكمل فيها ثلاث حيض لانه يحتمل أن يكون الزوج مات أولا ثم مات المولى بعد ما مات الزوج بعد شهرين وخمسة أيام وفى العدة معنى العبادة فالوجه الواحد يكفي لوجوبها للاحتياط وهو نظير مسائل العقد اذا تزوج أربعا فى عقدة وثلاثا فى عقدة واثنتين فى عقدة ثم مات قبل البيان وجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة احتياطا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول سبب وجوب العدة بالحيض لم يوجد وهو زوال فراش المولى عنها والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب وبيانه انه اذا مات المولى أولا فقد مات وهي منكوحة الزوج وان مات آخرا فقد مات وهي معتدة من الزوج وأما قولهما ان مضى الشهرين وخمسة أيام بين الموتين محتمل قلنا نعم ولكن مضي هذه المدة بين الموتين ليس بعدة حتى يؤخذ فيها بالاحتياط ولا سبب لوجوب العدة فلا يقدر به عند التردد مع أن كل أمرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما حصلا معا فيجعل كأنهما ماتا معا كالغرقى والحرقى والهدمي لايرث بعضهم بعضاً ولان هنا أحوالا ثلاثة ان مات المولى أولا فهناك نكاح يمنع وجوب العدة بالحيض وان مات الزوج أولا ثم مات المولى بعده قبل شهرين وخمسة أيام فهناك عدة تمنع وجوب العدة بالحيض وان كان بعد شهرين وخمسة أيام حينئذ تجب العدة بالحيض والحالة الواحدة لاتعارض الحالتين وهذا بخلاف العقد لان هناك فى حق كل امرأة حالتان إما حال صحة النكاح أوحال فساده والتعارض يقع بين الحالتين فلهذا يؤخذ بالاحتياط هناك وكذلك اذا علم أن بين الموتين شهرين وخمسة أيام فهنا حالتان اما العدة بالاشهر من الزوج أو بالحيض من المولى فلتعارض الحالتين أخذنا بالاحتياط ﴿قال﴾ وكذلك لو كان الزوج طلقها تطليقة رجعية فى هذه الوجوه لان الطلاق الرجعي لايزيل ملك النكاح فهو وما تقدم سواء ولا ميراث لها من الزوج لانه ان مات الزوج أولا فقد مات وهى أمة والامة لاترث من الحر شيئاً وان مات المولى أولا ترث والارث بالشك لايثبت وشرط ارثها منه ان تكون حرة عند موته فما لم يتيقن بذلك

الشرط لا ترث منه ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته طلاق الرجعة ثم مات عنها بطلت عـدة الطلاق عنها ولزمها عـدة الوفاة لان النكاح قائم بينهما بعـد الطلاق الرجعى فكان منتهيا بالموت وانتهاء النكاح بالموت يلزمها عـدة الوفاة ولان العدة بعد الطلاق الرجعي بالحيض لزوال الملك بها وقد زال بالموت فمايها العـدة التى هى من حقوق النكاح وهى عدة الوفاة وان كانت بائنة عنه فى الصحة بوجه من الوجوه لم تنتقل عدتها الى عـدة الوفاة لان النكاح ما انتهى بالوفاة هنا وهو السبب الموجب لعـدة الوفاة لان الله تعالى قال ويذرون أزواجا وهذه ليست بزوجة له عند وفاته حتى لا ترث منه بالزوجية شيئا فلا يلزمها عدة الوفاة أيضا ﴿قال﴾ واذا اتى المرأة خبر وفاة زوجها بعد مامضت مدة العدة فقد انقضت العدة لما قلنا ان المعتبر وقت موته لا وقت علمها به وان شكت فى وقت وفاته اعتدت من الوقت الذى تستيقن فيـه بموته لان العدة يؤخـذ فيها بالاحتياط والاحتياط فى ان يؤخـذ باليقين وفى الوقت المشكوك فيـه لا يقـين فلهذا لا تعتد الا من الوقت المتيقن ﴿قال﴾ وطـلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان تحت حر كانت أو تحت عبد وطلاق الحرة ثلاث تطليقات وعدتها ثلاث حيض تحت حر كانت أو تحت عبد وفى العدة اتفاق ان العبرة بحالها لا بحال الزوج لانها هى المعتدة الا ترى انها تختلف بصغرها وكبرها وكونها حاملا أو حائلا فكذلك برقها وحريتها فأما الطلاق بالنساء أيضا عنـدنا وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وعند الشافعى رحمه الله تعالى عدد الطلاق معتـبر بحال الرجل فى الرق والحرية وهو مذهب عمر وزيد رضى الله عنهما وابن عمر رضى الله عنه يعتبر بمن رق منهما حتى لا يملك عليها ثلاث تطليقات الا اذا كانا حرين وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء وفي رواية يطلق العبد تطليقتين وتعتد الامة بحيضتين والمعنى فيـه ان الزوج هو المالك للطلاق المتصرف فيـه وثبوت الملك باعتبار حال المالك كملك اليمين الا ترى ان مايمنع ايقاع الطلاق وهو الصغر والجنون يعتـبر وجوده فى الرجـل دون المرأة فـكذلك مايمنع ملك الطلاق ولان في اعتبار عدد الطلاق اعتبار عـدد النكاح لان من يملك على امرأته ثلاث تطليقات يملك عليها ثلاث عقد ومن يملك عليها تطليقتين يملك عليها عقدتين والمعتبر حال الزوج فى ملك العقد ألا ترى أن الحر يتزوج أربع نسوة والعبد لا يتزوج الا اثنتين وأصحابنا رحمهم الله استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان فقد جمع بين الطلاق

والعدة وما روى أن الطلاق بالرجال قيل إنه كلام زيد رضى الله تعالى عنه لايثبت مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل معناه ايقاع الطلاق بالرجال وما روى يطلق العبد اثنتين فليس فيه أنه لا يطلق الثالثة أو معناه اذا كانت تحته أمة وانما قاله بناء على ظاهر الحال واعتبار الكفاءة في النكاح ولانه صلى الله عليه وسلم قابل الطلاق بالعدة والمقابلة تقتضى التسوية وبالاتفاق فى العدة المعتبر حالها فكذلك فى الطلاق ومن ملك على امرأته عدداً من الطلاق يملك ايقاعه في أول أوقات السنة وبهذا أفحم عيسى بن ابان الشافعى رضى الله عنه فقال أيها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلاث تطليقات كيف يطلقها في أوقات السنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت أوقع عليها أخرى فلما ان أراد أن يقول فاذا حاضت وطهرت قال حسبك فان عدتها قد انقضت فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة ولان الطلاق تصرف مملوك في النكاح فيستوى فيه العبد والحر كالظهار والايلاء وهذا لان العبد يستبد بايقاع الطلاق من غير أن يحتاج فيه الى رضا المولى فيكون فيه مبقى على أصل الحرية كالاقرار بالقصاص ومايؤثر فيه الرق يخرج الرقيق من أن يكون أهلا لملكه كالمال ولما بقى أهلا لملك الطلاق عرفنا أن الرق لا يؤثر فيه ولايدخل عليه النكاح لان الرق يؤثر فيه ولكن ملك النكاح باعتبار الحل والحل يتنصف برقه فلهذا لا يتزوج الا اثنتين وهذا لان الحل نعمة وكرامة فيكون فى حق الحر أزيد منه فى حق العبد ألا ترى أن حل رسول صلى الله عليه وسلم كان يتسع لتسع نسوة كرامة له بسبب النبوة فأما اعتبار عدد النكاح فلامعنى فيه لان الانسان يملك على امرأته من العقد ما لا يحصى حتى لو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مراراً كان له أن يتزوجها مرة بعد أخرى ما لم تحرم عليه ولو كان معتوها فهذا دليلنا لان جميع مايملكه الحر على النساء اثنتي عشرة عقدة فانه يتزوج أربع نسوة ويملك على كل واحدة ثلاث عقد فينبغى أن يملك العبد نصف ذلك وذلك ست عقد بأن يتزوج حرتين فيملك على كل واحدة منهما ثلاث عقد كما هو مذهبنا فأما الصغر والجنون لايؤثر فى ملك الطلاق وانما يؤثر في المتصرف والمتصرف هو الزوج ثم هو مقابل بصفة البدعة والسنة فى الطلاق فان المعتبر فيه حالها في الحيض والطهر لا حال الرجل (قال) واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يعتد بتلك الحيضة من عدتها هكذا قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه وشريح وابراهيم رحمهما الله تعالى وهذا لان الحيضة الواحدة لاتتجزى

وما سبق الطلاق منها لم يكن محسوبا من العدة فيمنع ذلك الاحتساب بما بقى ولو احتسب بما بقى وجب اكمالها بالحيضة الرابعة لان الاعتداد بثلاث حيض كوامل فاذا وجب جزء من الحيضة الرابعة وجب كلها ﴿قال﴾ ولو اعتدت المرأة بحيضتين ثم أيست فعليها استئناف العدة بالشهور وقد بينا هذا وفيه اشكال فان بناء البدل على الأصل يجوز كالمصلى اذا سبقه الحدث فلم يجد ماء يتيمم ويبني واذا عجز عن الركوع والسجود يومئ ويبنى ولكنا نقول الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء انما البدلية في الطهارة ولا تكمل احداهما بالأخرى قط وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود فاما العدة بالاشهر فهي بدل عن العدة بالحيض وا كمال البدل بالاصل غير ممكن ثم قال اذا أيست من الحيض فاعتدت شهرا أو شهرين ثم حاضت اعتدت بالحيض وهذا يجوز فى العبادة فانها بعد ما أيست لاتحيض وانما كان ذلك معجزة لنبي من الانبياء عليهم السلام ولكنها حين حاضت تبين انها لم تكن آيسة وانما كان ممتدة طهرها فلها تعتبر مامضى من الحيض قبل أيامها اذا حاضت ﴿قال﴾ واذا ولدت المعتدة وفى بطنها ولد آخر لم تنقض عدتها حتى تلد الآخر هكذا نقل عن على وابن عباس والشعبي رضى الله عنهم وهذا لان الله تعالى قال ان يضعن حملهن وذلك اسم لجميع مافى بطنها ولان المقصود هو العلم بفراغ الرحم ولا يحصل ذلك مالم تضع جميع مافى بطنها ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة المعتدة من الطلاق برجل ودخل بها ففرق بينهما فعليها عدة واحدة من الاول والآخر ثلاث حيض وهو مذهبنا لان العدتين اذا وجبتا يتداخلان وينقضيان بمضى مدة واحدة اذا كانتا من جنس واحد وهو قول معاذ بن جبل رضى الله عنه وعند الشافعى رحمه الله تعالى لايتداخلان ولكنها تعتد بثلاث حيض من الاول ثم بثلاث حيض من الثانى فان كانت العدتان من واحد بأن وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك عندنا أنهما ينقضيان بمدة واحدة وهو أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى وفى القول الآخر يقول لاتجب العدة بسبب الثانى أصلا وحجته فى ذلك أنهما حقان وجبا لمستحقين فلا يتداخلان كالمهرين ولان العدة فرض كف لزمها فى المدة ولا يجتمع الكفان في مدة واحدة كصومين في يوم واحد وهذا هو الحرف الذي يدور عليه الكلام فان المعتبر عنده معنى العبادة فى العدة لانه كف عن الازواج والخروج فتكون عبادة كالكف عن اقتضاء الشهوات فى الصوم وأداء العبادتين فى وقت

واحد لا يتصور ولو جاز القول بالداخل في المدة لكان الاولى أقراء عدة واحدة فينبغي أن يكتفي بقرء واحد لان المقصود يحصل وهو العلم بفراغ الرحم وحجتنا فى ذلك ان العدة مجرد أجل والآجال تنقضي بمدة واحدة فى حق الواحد والجماعة كآجال الديون وبيانه ان الله سبحانه وتعالى سمى المدة أجلا فقال عز وجل أجلهن أن يضعن حملهن وسماه تربصاً والتربص هو الانتظار والانتظار يكون سبب الاجل كالانتظار فى المطالبة بالدين الى انقضاء الاجل ومن حيث المقصود في الاجل يحصل مقصود كل واحد من الفريقين بمدة واحدة وهنا مقصود كل واحد من صاحبي العدة يحصل بثلاث حيض وهو العلم بفراغ رحمها من مائه ثم معنى العبادة في العدة تبع لا مقصود وانما ركن العدة حرمة الخروج والتزوج ألا ترى ان الله تعالى ذكر ركن العدة بعبارة النهي فقال تعالي ولا يخرجن وقال عز وجل ولا تعزموا عقدة النكاح وموجب النهي التحريم والحرمات تجتمع فان الصيد حرام على المحرم في الحرم لحرمة الاحرام والحرم والخمر حرام على الصائم لصومه ولكونه خمرا وليمينه اذا حلف لايشربها بخلاف ركن الصوم فانه مذكور بعبارة الامر قال الله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل فعرفنا ان الركن فيه الفعل ثم عدتها تنقضى وان لم تعلم وتنقضى وان لم تكف نفسها عن الخروج والبروز ولا يتصور أداء العبادة بدون ركنها ولان بوطء الثاني قد لزمها العدة والشروع في العدة لا يتأخر عن حال تقررعن سبب الوجوب وهذا لانه لو امتنع شروعها فيه انما يمتنع بسبب العدة الاولى والعدة الاولى أثر النكاح وأصل النكاح لا يمنع شروعها في العدة اذا تقرر سبب وجوبها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فأثرها أولى ان لا يمنع ولان هذه العدة لتبين فراغ الرحم وبمضى العدة الاولى يتيقن بفراغ الرحم فيستحيل أن يكون شروعها فى العدة موقوفا على التيقن بفراغ الرحم ولا معنى لما ذكره من اقراء العدة الواحدة فان الشهور فى الاجل الواحد لا تتداخل والجلدات في الحد الواحد لا تتداخل وتتداخل الحدان وهذا لان الحيضة الواحدة لتعريف براءة الرحم والثانية لحرمة النكاح والثالثة لفضيلة الحرية فاذا قلنا بالتداخل فى أقراء عدة واحدة يفوت هذا المقصود وفى الكتاب قال ألا ترى أنها لو كانت حاملا فوضعت حملها انقضت عدتها منهما أما اذا كانت حاملا من الاول فقد وجب عليها كل واحدة من العدتين وهى حامل وعدة الحامل تنقضى بوضع الحمل وان حبلت من الثانى فلا بد من القول بسقوط الاقراء اذا حبلت والعدة بعد

ما سقطت لا تعود فان كانت حاضت من الاول حيضة ثم دخل بها الثانى فعليها ثلاث حيض حيضتان تمام العدة من الاول وابتداء العدة من الثانى والحيضة الثالثة لاكمال عدة الثانى حتى لو تزوجها الثانى في هذه الحيضة جاز لان عدتها منه لا تمنع نكاحها ولايجوز أن يتزوجها غيره حتى تمضي هذه الحيضة وان كان الاول طلقها تطليقة رجعية فله أن يراجعها في الحيضتين الاوليين لان الرجعة استدامة النكاح وعدة الغير لا تمنعه من استدامة النكاح ولكن لايقربها حتى تنقضى عدتها من الآخر وليس له أن يراجعها فى الحيضة الثالثة لانها بانت منه بانقضاء عدتها في حقه وليس له أن يتزوجها لانها معتدة من غيره وكذلك ان طلقها تطليقة بائنة فليس له أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها من الآخر كما ليس للآخر أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها من الأول وعلى هذا لو كانت العدتان بالشهور ﴿قال﴾ ولو تزوجت فى عدة الوفاة ودخل الثانى بها ثم فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الميت تمام أربعة أشهر وعشرا وعليها ثلاث حيض من الآخر ثم تحتسب بما حاضت بعد التفريق فى الاربعة الأشهر وعشر من عدة الآخر ولا منافاة بين الشهور والحيض فتكون شارعة فى العدتين تحتسب بالمدة من العدة الأولى وبما يوجد فيها من الحيض من العدة الثانية ﴿قال﴾ واذا مات الرجل وله امرأتان وقد طلق احداهما طلاقا بائنا ولا يعلم أيتهما هى فعلى كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض احتياطاً لان كل واحدة منهما يحتمل أن تكون مطلقة وعليها العدة بالحيض ويحتمل أن تكون منكوحة وعليها عدة الوفاة وهذا بخلاف ما اذا قال لامرأته ان لم أدخل الدار اليوم فانت طالق ثلاثا ثم مات بعد مضي اليوم ولا يدرى أدخل أم لم يدخل فعليها عدة الوفاة وليس عليها العدة بالحيض لأن سبب وجوب العدة بالحيض الطلاق ووقوع الطلاق بوجود الشرط غير معلوم ولا معنى للاحتياط قبل ظهور السبب وهنا وقوع الطلاق معلوم انما الجهالة فى محله فلهذا ألزمنا كل واحدة منهما العدة بالحيض احتياطا ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته فى مرضه ثلاثا أو واحدة بائنة ثم مات قبل انقضاء العدة ورثته بالفرار على مانبين فى بابه ان شاء الله تعالى وعليها من العدة أربعة أشهر وعشرا تستكمل فيها ثلاث حيض في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رضي الله عنه ليس عليها عدة الوفاة لانا حكمنا بانقطاع النكاح بينهما بالطلاق وسبب وجوب عدة الوفاة انتهاء النكاح بالموت فاذا

لم يوجد لا يلزمها عدة الوفاة كما لو كان الطلاق في صحته وانما أخذت الميراث بحكم الفرار وذلك لا يلزمها عدة الوفاة ألا ترى أن المرتد اذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح كان بردته لا بموته وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا أخذت ميراث الزوجات بالوفاة فيلزمها عدة الوفاة كما لو طلقها تطليقة رجعية وهذا لأنا انما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت موته أو باعتبار اقامة العدة مقام أصل النكاح حكما اذ لا بد من قيام السبب عند الموت لاستحقاق الميراث والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب بالشك فاذا جعل في حكم الميراث النكاح كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة أولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حكما فألزمناها الجمع بينهما وأما امرأة المرتد فقد أشار الكرخي فى كتابه الى أنه لا يلزمها عدة الوفاة ولئن سلمنا فنقول هناك ما استحقت الميراث بالوفاة لأن عند الوفاة هى مسلمة والمسلمة لا ترث من الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض ولا يلزمها عدة الوفاة وهنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا أن النكاح قائم بينهما الى وقت الوفاة ﴿ قال ﴾ واذا ولدت المرأة فى طلاق بائن لا كثر من سنتين من يوم طلقها لم يكن الولد للزوج اذا أنكره وهذه المسئلة تنبني على معرفة أقل مدة الحبل وأكثرها فأقل مدة الحبل ستة أشهر لما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة أشهر فهم عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه ان يرجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وقال عز وجل وفصاله فى عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحبل الا ستة أشهر فدرأ عثمان رضى الله عنه الحد وأثبت النسب من الزوج وهكذا روى عن على رضى الله عنه ولانه ثبت بالنص ان الولد تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر كما ذكره في حديث ابن مسعود رضى الله عنه يجمع خلق احدكم في بطن أمه الحديث الخ وبعد ما تنفخ فيه الروح يتم خلقه بشهرين فيتحقق الفصال لستة أشهر مستوى الخلق فاما أكثر مدة الحبل سنتان عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى أربع سنين لما روى ان رجلا غاب عن امرأته سنتين ثم قدم وهي حامل فهم عمر رضى الله عنه برجمها فقال معاذ رضى الله عنه ان يك لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها فتركها حتى ولدت ولداً قد نبتت

ثنيتاه يشبه اباه فلما رآه الرجل قال اني ورب الكعبة فقال عمر رضي الله عنه أتعجز النساء ان يلدن مثل معاذ لولا معاذ لهلك عمر رضي الله عنه فقد وضعت هذا الولد لاكثر من سنتين ثم أثبت نسبه من الزوج وقيل ان الضحاك ولدته أمه لاربع سنين وولدته بعد ما نبتت ثنيتاه وهو يضحك فسمي ضحاكا وعبد العزيز الماجشوني رضي الله عنه ولدته أمه لاربع سنين وهذه عادة معروفة في نساء ماجشون رضي الله عنهم انهن يلدن لاربع سنين ولنا حديث عائشة رضي الله عنها قالت لايبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل ومثل هذا لايعرف بالرأى فانما قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الاحكام تبنى على العادة الظاهرة وبقاء الولد في بطن أمه أكثر من سنتين في غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع أنه لا أصل لما يحكي في هذا الباب فان الضحاك وعبد العزيز ما كانا يعرفان ذلك من أنفسهما وكذلك غيرهما كان لايعرف ذلك لان مافي الرحم لايعلمه الا الله تعالى ولا حجة في حديث عمر رضي الله تعالى عنه لانه انما أثبت النسب بالفراش القائم بينهما في الحال أو باقرار الزوج وبه نقول ويحتمل أن معني قوله انه غاب عن امرأته سنتين أى قريبا من سنتين اذا عرفنا هذا فنقول متى كان الحل قائما بين الزوجين يستند العلوق الى أقرب الاوقات وهو ستة أشهر الا أن يكون فيه اثبات الرجعة بالشك أو ايقاع الطلاق بالشك فحينئذ يستند العلوق الى أبعد الاوقات فان الطلاق والرجعة لايحكم بهما بالشك ومتى لم يكن الحل قائما بينهما يستند العلوق الى أبعد الاوقات للحاجة الى اثبات النسب وهو مبني على الاحتياط ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت النكاح يثبت نسبه من الزوج لانها ولدته على فراشه لمدة حبل تام من وقت النكاح ﴿ قال ﴾ واذا طلق الرجل امرأته بعد مادخل بها ثم جاءت بولد فان كان الطلاق رجعياً فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت النسب منه ولا يصير مراجعا لها بل يحكم بانقضاء عدتها لانا نسند العلوق الى أبعد الاوقات وهو ماقبل الطلاق فانا لو أسندناه الى أقرب الاوقات صار مراجعا لها والرجعة لاتثبت بالشك وان جاءت به لأكثر من سنتين ولم تقر بانقضاء العدة ثبت النسب منه ويصير مراجعا لها لان حمل أمرها على الصلاح واجب ما امكن فلو جعلنا كأن الزوج وطئها في العدة فحبلت كان فيه حمل أمرها على الصلاح ولو جعلنا كأن غيره وطئها كان فيه حمل

أمرها على الفساد فأما اذا كان الطلاق بائنا فان جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه منه باعتبار اسناد العلوق الى ما قبل الطلاق لان ذلك ممكن وفيه حمل أمرها على الصلاح وان جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت النسب من الزوج لانا تيقنا أن العلوق كان بعد الطلاق وسواء جعلناه من الزوج أو من غيره ففيه حمل أمرها على الفساد فيجعل من غيره لانا اذا جعلناه من الزوج كان فيه حمل أمر الزوج على الفساد وهو انه أقدم على الوطء الحرام وذلك لا يجوز من غير دليل وثبوت فراشه القائم بسبب العدة لا يثبت نسب الولد كفراش الصبي على امرأته ثم يلزمها أن ترد نفقة ستة أشهر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى والظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يلزمها رد شيء من النفقة وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لم يظهر انقضاء عدتها قبل الولادة فلا يلزمها رد شيء من النفقة كما لو ولدت لأقل من سنتين وهذا لانها ما دامت معتدة فهي مستحقة للنفقة وما لم يظهر سبب الانقضاء فهي معتدة ولم يظهر للانقضاء هنا سبب سوى الولادة ولو جعلناها كأنها وطئت بشبهة في العدة لم تسقط نفقتها وان جعلناها كأنها تزوجت بعد انقضاء العدة بزوج آخر كان فيه حمل أمرها على الفساد من وجه وهو أنها أخذت مالا بغير حق من زوجها مع ان فيه حكما بنكاح لم يعرف سببه وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا حمل أمرها على الصلاح واجب ما أمكن فلو جعلنا هذا الولد من علوق في العدة كان فيه حمل أمرها على الزنا ولو جعلنا كأن عدتها قد انقضت وتزوجت بزوج آخر وعلقت منه كان فيه حمل أمرها على الصلاح فتعين هذا الجانب ثم تزويجها نفسها بمنزلة اقرارها بانقضاء عدتها أو أقوى فتبين انها أخذت النفقة بعد انقضاء عدتها فعليها ردها وهذا اليقين في مقدار ستة أشهر أدنى مدة الحمل ولا يلزمها الرد الا باليقين ولا معنى لما قال ان في ذلك حمل أمرها على الفساد وهو أخذ المال بغير حق لان حرمة المال دون الزنا فان المال بذله يباح بالاذن ولا يسقط احصانها بالأخذ بغير حق وبالزنا يسقط احصانها ومن ابتلي ببليتين يختار أهونهما ولئن جعلناها كأنها وطئت بالشبهة في العدة فكذلك تسقط نفقتها أيضا لانه بمعنى النشوز منها حين جعلت رحمها مشغولا بماء غير الزوج ومقصود الزوج من العدة صيانة رحمها فاذا فوتت ذلك كان أعظم من نشوزها وهروبها من بيت العدة فاذا سقطت نفقتها

تبين أنها أخذت بغير حق فلزمها الرد ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته كلما ولدت ولداً فانت طالق فولدت ولدين فى بطن واحد كانت طالقاً بالولد الاول لوجود شرط الطلاق وهو ولادة الولد ثم تصير معتدة فلما وضعت الولد الثاني حكمنا بانقضاء عدتها لانها معتدة وضعت جميع مافى بطنها والولد الذى تنقضى به العدة لايقع به طلاق لان أوان وقوع الطلاق مابعد وجود الشرط وبعد وضع الولد الثاني هي ليست في نكاحه ولا في عدته ولو ولدت ثلاثة أولاد فى بطن واحد وقعت عليها تطليقتان لان كلمة كلما تقتضى تكرر نزول الجزاء بتكرر الشرط وبولادة الولد الثانى تكرر الشرط ولا تنقضي به العدة لان فى بطنها ولدا آخر فيقع عليها تطليقة أخرى ثم بوضع الولد الثالث تنقضي عدتها ولا يقع شيء ولو كان كل ولد فى بطن على حدة فان كان بين كل ولدين ستة أشهر حتى يعلم انهما ليسا بتوءمين تطلق ثلاثا وعليها ثلاث حيض لأن بولادة الولد الأول وقعت عليها تطليقة فلما ولدت الولد الثانى لستة أشهر فصاعدا عرفنا انه من علوق حادث ويجعل ذلك من الزوج حملا لأمرها على الصلاح فصار مراجعاً لها ثم وقع عليها تطليقة ثانية لوجود الشرط وهو ولادة الولد الثاني وكذلك حين وضعت الولد الثالث وقعت عليها تطليقة ثالثة لوجود الشرط بعد ماصار مراجعاً لها فصارت مطلقة ثلاثا وعليها العدة بثلاث حيض ﴿قال﴾ ولو أن رجلا مات عن امرأته فجاءت بولد لأقل من سنتين فان كانت أقرت بانقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشرا ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر فصاعدا لم يثبت نسبه من الزوج لانه من علوق حادث بعد اقرارها بانقضاء العدة وحمل كلامها على الصحة واجب ما أمكن وان كانت ادعت حبلا وولدت لأقل من سنتين يثبت النسب من الزوج لان اسناد العلوق الى حالة حياته ممكن وفيه حمل أمرها على الصلاح والصحة ولولم تدع حبلا ولم تقر بانقضاء العدة حتى جاءت بالولد لأقل من سنتين عندنا يثبت النسب منه وعلى قول زفر اذا جاءت به لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات الزوج لم يثبت النسب منه لانه لما لم يكن الحبل ظاهرا فقد حكمنا بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرا بالنص وذلك أقوى من اقرارها بانقضاء المدة ولوأقرت بذلك ثم جاءت بولد لمدة حبل تام لم يثبت النسب منه فكذلك هنا ولكنا نقول انقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشرا معلق بشرط وهو أن لا تكون حاملا فان آية الحبل قاضية على آية التربص على ما بينا

وهذا الشرط لا يوقف عليه الا من جهتها فما لم تقر بانقضاء المدة لا يحكم بانقضائها وانما جاءت بالولد لمدة يتوهم أن يكون العلوق قبل موت الزوج فيثبت نسبه منه كما لو ادعت حبلا ثم انما يثبت النسب منه اذا كانت ولادتها معاينة أو أقر بها الورثة فأما اذا جحدوا ذلك لم يثبت النسب منه الا بشهادة رجلين أورجل وامرأتين فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يثبت النسب بشهادة امرأة واحدة وهى القابلة وحجتهما في ذلك أن الولادة مما لا يطلع عليها الرجال وشهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة تامة فكانت شهاد القابلة فيه حجة تامة ألا ترى أنه لو كان هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو اقرار من الزوج بالحبل تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة فكذلك هنا وهذا لان النسب والميراث لا يثبت بهذه الشهادة وانما تثبت ولادتها هذا الولد ثم ثبوت النسب والميراث باعتبار أن العلوق به كان في حال قيام النكاح ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى طريقان (أحدهما) ما أشار اليه فى الكتاب فقال من قبل أنه يرث ومعني هذا الكلام أن ثبوت الميراث معلق بالنسب والموت والحكم المعلق بعلة ذات وصفين يحال به على آخر الوصفين وجودا ولهذا لو رجع شهود النسب وقد شهدوا به بعد الموت ضمنوا الميراث وآخر الوصفين هنا النسب فكانت هذه الشهادة قائمة على تمام علة الارث والميراث لايثبت بشهادة امرأة واحدة ولانها أجنبية للحال لانا نتيقن بانقضاء عدتها ونسب ولد الاجنبية لايثبت من الاجنبي بشهادة امرأة واحدة كما لولم يكن النكاح بينهما ظاهرا بخلاف ما اذا كان الفراش قائما فان ثبوت النسب هناك باعتبار الفراش وانما تظهر الولادة بالشهادة وكذلك ان أقر الزوج بالحبل فثبوت النسب هناك باقراره وكذلك ان كان هناك حبل ظاهر فثبوت النسب بظهور الحبل فى حال قيام الفراش وانما تظهر الولادة بالشهادة فقط ولذلك اذا أقر الزوج بالحبل فثبوت النسب هناك باقراره وهنا لاسبب للنسب سوى الشهادة ولايثبت النسب بشهادة امرأة واحدة توضيحه ان شهادة المرأة الواحدة حجة ضعيفة لأن شهادة المرأة الواحدة ليست بشهادة أصلا ولهذا لو شهد رجلان وامرأة واحدة بالمال ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئاً وانما جعلت حجة فى الولادة للضرورة فكانت ضعيفة فى نفسها والضعيف مالم يتأيد بمؤيد لايجوز فصل الحكم به كشهادة النساء فى المال والمؤيد الفراش أوالحبل الظاهر أو اقرار الزوج بالحبل فان تأيدت

شهادتها ببعض هذه الاسباب وجب الحكم بها والا فلا ولو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لا قل من ستة أشهر ثبت النسب منه لانا يقنا انها أبطلت فيما قالت فانها أقرت بانقضاء العدة بالشهور وقد تبين انها كانت حاملا يومئذ فكان اقرارها باطلا ﴿ قال ﴾ ولو ان رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقة بائنة ثم جاءت بالولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان ويلزمه النسب في قولهما بشهادة امرأة واحدة وهذا والاول سواء لانها للحال أجنبية منه في الوجهين ويستوى ان كانت هذه المعتدة مسلمة أو كافرة أو أمة في هذا الحكم لان بقاء الولد في البطن لايختلف بهذه الاوصاف ﴿ قال ﴾ ولو كانت المرأة عند زوجها لم يطلقها فجاءت بولد وأنكر الزوج الحبل قبلت شهادة امرأة واحدة حرة مسلمة على الولادة ويثبت النسب عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايقبل الا شهادة أربع نسوة لان الأصل في الشهادة ان الحجة لاتتم الا بشهادة رجلين والمرأتان تقومان مقام رجل واحد في باب الشهادة بالنص حتى ان المال لايثبت الا بشهادة رجل وامرأتين وقد تعذر اعتبار صفة الذكورة فيما لايطلع عليه الرجال فسقط للضرورة وبقي ماسواه على الأصل فيشترط شهادة الاربع ليكون ذلك في معنى شهادة رجلين ودليل كونه شهادة اعتبار الحرية ولفظ الشهادة فيها ولا معنى لقول من يقول اباحة النظر لاجل الضرورة فاذا ارتفعت الضرورة بالمرأة الواحدة لايحل للثانية النظر لانكم وان قلتم أنه يكتفى بالواحدة تقولون المثنى أحوط وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لابد من شهادة امرأتين لان المعتبر في الشهادة العدد والذكورة وقد سقط اعتبار صفة الذكورة للتعذر هنا فيبقى العدد على ظاهره وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بحديث حذيفة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة وفي حديث آخر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه والنساء اسم جنس يتناول الواحدة وما زاد والمعنى فيه أن هذا خبر لايعتبر فيه صفة الذكورة فلا يعتبر فيه العدد كرواية الاخبار وهذا لان النظر الى الفرج حرام فلا يحل الا عند تحقق الضرورة وعند الضرورة نظر الجنس أهون من نظر الذكور ولما سقطت صفة الذكورة لهذا المعنى سقط أيضا اعتبار العدد لان نظر الواحد أهون من نظر الجماعة ولهذا لايسقط اعتبار الحرية لأن نظر الامة والحرة سواء

والذي يقول ان المثنى أحوط فذلك لايوجب حمل نظر الثانيـة ولكن ان اتفق ذلك كان أحوط فأما من يشترط العدد يوجب نظر الجماعة ونظر الواحـدة أهون ثم هـذا خبر من وجه شهادة من وجه لاختصاصها بمجلس الحكم وما تردد بين أصلين يوفر حظـه عليهما فلاعتباره بالشهادة تعتبر فيه الحرية ولفظة الشهادة ولاعتباره بالخبر لايعتبر فيـه الذكورة والعدد فاذا ثبت ماقلنا فانما يثبت بشـهادتها الولادة وما هو من ضرورة الولادة وهو عين الولد ثم النسب انمـا يثبت باعتبار الفراش القائم بمنزلة مالو أقر الزوج بولادتها وقال ليس الولد مني يثبت النسب بالفراش القائم ولا ينتني الا باللعان ﴿قال﴾ واذا أقرت المطلقـة بانقضاء عدتها بالحيض فى مدة يحيض فيـه مثلها ثلاث حيض ثم جاءت بالولد فاذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ثبت النسب لتيقننا بكذبها فيما قالت وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت اقرارها لم يثبت النسب عندنا وقال الشافعى رحمـه الله تعالى يثبت النسب منه مالم تتزوج ثم تأتي به لستة أشـهر لان ثبوت النسب لحق الولد وقولها في ابطال حقه غير مقبول فكان وجود اقرارها كعدمه بخلاف ما اذا تزوجت لان الحق في النسب هناك ثبت للزوج الثانى فينتفى من الأول ضرورة وحجتنا فى ذلك انها أمينة فى الاخبار بما فى رحمها فاذا أخبرت بانقضاء عـدتها وهو ممكن وجب قبول خـبرها ثم اذا جاءت بالولد بعد ظهور انقضاء عدتها بمدة حبل تام فلا يثبت النسب منه كما لو تزوجت وهذا لان حمل كلامها على الصحة واجب ما أمكن ﴿قال﴾ ولو طلق امرأته ولم يدخل بها ولم يخل بها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر لزمه لانا تيقنا ان العلوق به كان قبل الطلاق وحمل أمرها على الصحة واجب ماأمكن فيجعل هذا العلوق من الزوج ويتبين لنا انه طلقها بعد الدخول وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه لان النكاح بالطلاق ارتفع لا الى عدة وانما جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده وان كان الطلاق بعد الخلوة لزمه الولد الى سنتين لان النكاح بالطلاق قد ارتفع الى عدة ولما جعلنا الخلوة بمنزلة الدخول في ايجاب العدة فكذلك فيما ينبنى عليـه وهو ثبوت نسب الولد ﴿قال﴾ واذا طلقها وعدتها بالشهور لاياسها من الحيض فاعتدت بثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لسنتين أو أقل من وقت الطلاق فان النسب يثبت من الزوج سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر لانها انما أقرت بانقضاء العدة بالشهور ولما ولدت فقد تبين انها غلطت فيما قالت لان الآيسة لاتلد وانما كانت هى ممتدة طهرها لا آيسة فلاتكون عدتها منقضية

بالشهور فلهذا ثبت النسب منه ﴿ قال ﴾ وان كانت صغيرة فطلقها زوجها بعد مادخل بها فان ادعت حبلا فذلك اقرار منها بانها بالغة وقولها في ذلك مقبول فكانت هي كالكبيرة في نسب ولدها وان أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب منه لانا حكمنا بانقضاء عدتها فانها ان كانت صغيرة تنقضي عدتها بثلاثة أشهر بالنص وان كانت كبيرة تنقضي عدتها باقرارها وان جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده فأما اذا لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان جاءت به لأقل من تسعة أشهر منذ طلقها يثبت النسب والا فلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان جاءت به لأقل من سنتين منذ طلقها ثبت النسب منه في الطلاق البائن وفى الطلاق الرجعي ان جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً ثبت النسب منه وان كانت جاءت به لأكثر من ذلك لا يثبت النسب وحجته فى ذلك أن الحبل فى المراهقة موهوم والحكم بانقضاء عدتها بالشهور شرطه أن لا تكون حاملا وذلك لا يعلم الا بقولها كما قررناه في عدة الوفاة فى حق الكبيرة واذا جاءت بالولد لأقل من سنتين ولم تقر بانقضاء العدة فيحتمل أن يكون هذا من علوق قبل الطلاق وهذا الاحتمال يكفي للنسب وفى الطلاق الرجعي اذا جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً فيحتمل أن يكون هذا من علوق كان في العدة وهو مثبت للنسب من الزوج وموجب للحكم بأنه كان مراجعا لها وهما يقولان عرفناها صغيرة وما عرف ثبوته بيقين لا يحكم بزواله بالاحتمال وصفة الصغر منافية للحبل فاذا بقى فيها صفة الصغر حكم بانقضاء عدتها بثلاثة أشهر بالنص فكان ذلك أقوى من اقرارها بانقضاء العدة فاذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده لايثبت النسب بخلاف المرأة الكبيرة فانه ليس فيها ماينافي الحبل فلا يحكم بانقضاء عدتها بمضى المدة الا اذا لم تكن حاملا ولا يقال الاصل عدم الحبل لان هذا في غير المنكوحة فأما النكاح لايعقد الا للاحبال وعلى هذا الصغيرة اذا توفى عنها زوجها فان أقرت بانقضاء العدة بعد أربعة أشهر وعشر ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً لم يثبت النسب منه فان ادعت حبلا ثم جاءت بالولد لاقل من سنتين يثبت النسب فان لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى اذا جاءت بالولد لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام يثبت النسب منه والا فلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان جاءت بولد لاقل من سنتين منذ مات الزوج يثبت النسب منه وهذا والاول

سواء ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المرأة في عدتها من طلاق بائن ودخل بها الزوج فجاءت بولد لأقل من سنتين من يوم طلقها الاول ولستة أشهر أو أكثر منذ تزوجها الثاني فالولد للاول لان نكاح الثاني فاسد والفاسد من الفراش لايعارض الصحيح في حكم النسب فكان الولد لصاحب الفراش الصحيح فاذا جاءت به لا كثر من سنتين منذ طلقها الاول ولاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الآخر لم تلزمه الاول ولا الآخر لانا تيقنا أن العلوق به كان بعد الطلاق من الاول فلا يثبت النسب منه وتيقنا أنه كان قبل عقد الثاني لان أدنى مدة الحبل ستة أشهر وان جاءت به لا كثر من سنتين منذ طلقها الاول ولستة أشهر منذ تزوجها الآخر ودخل بها فهو للآخر فانه لامزاحمة للاول هنا في النسب لانا تيقنا أن العلوق به كان بعد طلاقه فبقي الحكم للآخر وقد جاءت به لمدة حبل تام بعد ما دخل بها الثاني بالعقد الفاسد فثبت النسب منه ﴿قال﴾ واذا مات الصبي عن امرأته فظهر بها حبل بعد موته فان عدتها أربعة أشهر وعشر ولا ينظر الى الحبل لانه من زنا حادث بعد موته فلا يغير حكم العدة الواجبة وقد وجب عليها التربص بأربعة أشهر وعشر عند الموت وزعم بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله ان في امرأة الكبير اذا حدث الولد بعد الموت يكون انقضاء العدة بالوضع وليس كذلك بل الجواب في الفصلين واحد ومتى كان الحبل حادثا بعد الموت كان من زنا فلا يتغير به حكم العدة وانما الفرق في امرأة الكبير اذا جاءت بالولد لأقل من سنتين تنقضي عدتها به لانه يستند العلوق الى ما قبل الموت حتى يحكم بثبوت النسب فيتبين به ان الحبل ليس بحادث بعد الموت وفي امرأة الصغير لايستند العلوق الى ماقبل الموت وانما يستند الى أقرب الأوقات لأن النسب لايثبت منه واذا لم يكن الحبل ظاهراً وقت الموت وانما ظهر بعد الموت يجعل هذا حبلا حادثا فاما اذا كانت حبلى عند موت الصبي فعدتها أن تضع حملها استحسانا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى ووجهه انا نتيقن ان هذا الحبل من زنا فلا يتقدر انقضاء العدة به كما لوظهر بعد موته وهذا لان اعتبار وضع الحمل في العدة لحرمة الماء وصيانته ولاحرمة لماء الزاني ولانا نتيقن بفراغ رحمها من ماء الزوج عند موته فعليها العدة بالشهور حقا لنكاحه كما لولم يكن بها حبل ولكنا استحسنا لظاهر قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقد ذكرنا انها

قاضية على آية التربص لانها نزلت بعدها وعموم هـذه الآية يوجب ان لاتجب العدة على الحامل الا بوضع الحمل وهو المعنى انه قد لزمتها العـدة وهي حامل فيتقـدر انقضاء العـدة بالوضع كامرأة الـكبير وهذا لان العدة في الأصل مشروعة لتعرف براءة الرحم وحقيقـة ذلك بوضع الحمل وذلك موجود في جانبها هنا وانما انعدم اشتغال رحمها بماء الزوج وليس الشرط فيما تنقضي به العدة ان يكون من الزوج كالشهور والحيض وكما لو نفى حبل امرأته وفرق القاضي بينهما باللعان وحكم ان الولد ليس منه تنقضي عدتها بوضعه والدليل الحكمي كالدليل المتيقن به بخلاف ماإذا لم يكن الحبل ظاهراً عنـد الموت لانا حكمنا بفراغ رحمها عند ذلك حملا لامرها على الصـلاح وألزمناها العدة بالشهور حقا للنكاح فلا يتغير ذلك بحدوث الحبل من زنا بعده ﴿قال﴾ والخصي كالصحيح في الولد والعدة لان فراشه كفراش الصحيح وهو يصلح ان يكون والداً والوطء منه يتأتى مع انه لامعتبر بالوطء في حكم النسب حتى لايشترط التمكن من الوطء لاثبات النسب بخلاف الصبي فانه لايصلح ان يكون والداً وبدون الصلاحية لاتعمل العلة ﴿ قال﴾ وكذلك المجبوب اذا كان ينزل لانه يصلح ان يكون والداً والاعلاق بالسحق منهم متوهم وزاد في رواية أبي حفص رحمه الله تعالى وان كان لاينزل لم يلزمه الولد لانه اذا جف ماؤه فهو بمنزلة الصبي أو دونه لان في حق الصبي ينعـدم الماء في الحال الى توهم ظهوره في الثاني عادة وفي حق هذا ينعدم الماء لا الى توهم الظهور في الثاني فاذا كان هناك تنعـدم الصلاحية فهنا أولى ﴿ قال ﴾ ولا يكون طلاق الصبي طلاقا حتى يبلغ لقول علي وابن مسعود وابن عمر رضوان الله تعالى عليهم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه وقد روي ذلك مرفوعا ثم بلوغه إما أن يكون بالعلامة أو بالسن والعلامة في ذلك الانزال بالاحتلام والاحبال وفي حق الجارية بالاحتلام والحبل والحيض قالوا وأدنى المدة في حق الغلام اثنا عشر سنة وفي حق الجارية تسع سنين وقد بينا هذا في كتاب الحيض فأما بلوغهما بالسن فقدر أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الجارية بسبع عشرة سنة وفي الغلام تسع عشرة سنة وفي كتاب الوكالة ذكر في الغلام ثمان عشرة سنة في موضع وفي موضع تسع عشرة سنة من أصحابنا من وفق فقال المراد أن يتم له ثمان عشرة سنة ويطعن في التاسع عشرة ولكن ذكر في نسخ أبي سليمان في كتاب الوكالة حتى يستكمل تسع عشرة سنة ففيه وايتان اذن وعلى قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى في الغلام والجارية يتقدر

بخمس عشرة سنة لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني ثم عرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فاجازني ولما سمع عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه هذا الحديث قال هذا هو الفصل بين البالغ وغير البالغ وكتب به الى امراء الاجناد والمعنى فيه ان العادة الظاهرة ان البلوغ لا يتأخر عن هذه المدة وقد بينا ان الحكم يبني على الظاهر دون النادر وأبو حنيفة يقول صفة الصغر فيهما معلومة بيقين فلا يحكم بزوالها الا بيقين مثله ولا يقين في موضع الاختلاف ثم أدنى المدة لبلوغ الغلام اثنا عشر سنة وقد وجب زيادة المدة على ذلك فانما يزاد سبع سنين اعتباراً بأول أمره كما أشار اليه صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعا وبين أهل التفسير اختلاف في تفسير الأشد ولم يقل أحد بأقل من ثمان عشرة سنة في قوله تعالى ولما بلغ أشده آتيناه حكما وعلما فوجب تقدير مدة البلوغ به ولكن الانثى أسرع نشوا عادة فينقص في حقها سنة فتكون التقدير بسبع عشرة سنة ولا حجة في حديث ابن عمر رضي الله عنه لانه ما أجازه باعتبار أنه حكم ببلوغه بل لانه رآه قويا صالحا للقتال وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجيز من الصبيان من كان صالحا للقتال على ما روى أنه صلى الله عليه وسلم عرض عليه صبي فرده فقيل انه رام فأجازه وعرض عليه صبيان فأجاز أحدهما ورد الآخر فقال المردود يا رسول الله أجزته ورددتني ولو صارعته لصرعته فصارعه فأجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ قال ﴾ ولا يجوز طلاق المجنون وان مات عن امرأته كان في حكم العدة والولد بمنزلة الصحيح لان المجنون يجامع ويحبل وقد ثبت الفراش له بحكم النكاح وهو يصلح أن يكون والداً ﴿ قال ﴾ واذا مات عن أم ولده أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض فان كانت لا تحيض من إياس فعدتها ثلاثة أشهر وقد بينا هذا في كتاب النكاح وكذلك لو كانت حرمت عليه قبل موته بوجه من الوجوه فعليها منه العدة لانها فراشه بعد ما حرمت عليه حتى لو ادعى نسب ولدها ثبت منه وانما لا يثبت بدون الدعوة لما فيه من اساءة الظن به والحكم باقدامه على الوطء الحرام فيتحقق زوال الفراش اليها بالعتق وهذا بخلاف ما اذا زوجها من غيره ثم مات المولى أو أعتقها لان هناك قد اعترض على فراشه فراش الزوج وفراش النكاح أقوى من فراش الملك فينعدم الضعيف بالقوى واذا انعدم لم يتقرر بالعتق سبب وجوب العدة وهو زوال فراشه اليها وكذلك لو كانت في عدة

من زوج ألا ترى أن النسب لايثبت من المولى وان ادعاه فعرفنا أنها لم تبق فراشاً له أصلا ﴿قال﴾ ولو مات عن أم ولده أو أعتقها فجاءت بولد مابينها وبين سنتين لزمه لتوهم أن يكون العلوق به قبل الموت وهذا لان الفراش زال بالعتق الى عدة وهو نظير فراش النكاح فى أنه يستند العلوق الى أبعد الاوقات ولكن لو نفاه المولى لاينتفي بخلاف ماقبل العتق لان الفراش بالعتق يتقوي حتى لايملك نقله الى غيره بالتزويج فيلزمه نسب الولد على وجه لايملك نفيه وقبل العتق كان يملك نقل فراشها الى غيره بالتزويج فكذلك يملك نفي نسب الولدلان ثبوت الحكم بحسب السبب فانجاءت به لاكثر من سنتين منذ أعتقها لم يلزمه الا أن يدعيه لأنا تيقنا أن العلوق كان بعد العتق فانادعاه ثبت النسب منه لانهما تصادقا على أن الولد منه والحق لهما وماتصادقا عليه محتمل لجواز أن تكون زوجت نفسها منه فى عدتها ﴿قال﴾ رجل توفى عن امرأته وهي مملوكة فأقرت بانقضاء عدتها بعد شهرين وخمسة أيام ثم جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر منذ يوم أقرت لم يلزم الزوج لان الشهرين وخمسة أيام فى حقها كأربعة أشهر وعشر فى حق الحرة واقرارها بانقضاء العدة بعد ذلك معتبر ما لم يتبين كذبها فكذلك هنا وان لم تقر بانقضاء العدة لزمه الولدالى سنتين لانا نسند العلوق الى أبعد أوقات الامكان فى حقها لاثبات نسب ولدها من الزوج كما فى الحرة ﴿قال﴾ وان أعتق أم ولده وهى حامل أو مات عنها فعدتها بوضع الحمل لما بينا ان العدة لزمتها وهي حامل فيتقدر انقضاؤها بوضع الحمل كما في عدة النكاح بل أولى لأن معنى تبين فراغ الرحم هو المعتبر هنا لاغير ﴿قال﴾ ولو مات عن أمة كان يطأها أوعن مدبرة كان يطأها فلا عدة عليها وكذلك ان أعتقها لان الفراش لايثبت الا بالوطء فى ملك اليمين وهو معروف فى كتاب الدعوى وبدون الفراش لاتجب العدة وفي الكتاب يقول ألا ترى أنه لو باعها بعد ما وطئها لم تلزمها العدة والاستبراء الواجب على المشتري ليس بعدة لأن العدة تجب عليها والاستبراء يجب على المشترى ﴿قال﴾ ولوزوجها المشتري قبل أن يستبرئها جاز ووجوب الاستبراء عليه هناك كوجوبه اذا اشتراها من صبي أو امرأة أو اشتراها وهى بكر ﴿قال﴾ ولو دخل بامرأة على وجه شبهة أو نكاح فاسد فعليها العدة ثلاث حيض ان كانت حرة وحيضتان ان كانت أمة وقد بينا في المغصوبة النكاح ان الفراش يثبت بالدخول عند فساد العقد فتجب العدة بزواله لتطويل المدة

ان مات عنها أو فرق بينهما وهو سي لأن هذه العدة لا تجب الا لتعرف براءة الرحم فلا تختلف بالحياة والممات كعدة أم الولد وهذا لأن التربص بالاشهر فى عدة الوفاة لقضاء حق النكاح ولهذا يجب من غير توهم الدخول وهذا لا يوجد فى الوطء بالشبهة ولا فى النكاح الفاسد وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدة الحرة ثلاثة أشهر وعدة الامة شهر ونصف اعتباراً للفراش الفاسد بالفراش الصحيح اذا وجبت العدة بالفرقة فى حالة الحياة ﴿ قال ﴾ واذا تزوج المكاتب بنت مولاه باذنه ثم مات المولى ثم مات المكاتب وترك وفاء فعدتها أربعة أشهر وعشر ولها عليه الصداق وترثه لانها لم تملك شيئاً من رقبته بموت المولى لقيام عقد الكتابة وموت المكاتب عن وفاء لا يوجب فسخ الكتابة عندنا بل يؤدى كتابته ويحكم بحريته فى حياته فيكون النكاح منتهياً بينهما بموت الزوج فعليها عدة الوفاة ولها جميع الصداق وان لم يدخل بها وترثه بالزوجية لانتهاء النكاح بالموت بعد الحكم بحرية الزوج وان لم يترك وفاء وقد دخل بها فلها الصداق دينا في عتقه ومعنى هذا انه كان دينا في عتقه ويبطل عنه مقدار نصيبها في رقبته لان بموته عاجزاً انفسخت الكتابة قبل الموت لتحقق العجز حين أشرف على الهلاك فملكت جزءاً من رقبة زوجها ارثاً من أبيها وذلك مفسد للنكاح بينهما الا ان الصداق كله قد تأكد بالدخول ولكن بقدر نصيبها يسقط لانها لا تستوجب دينا على عبدها كصاحب الدين اذا وهب له العبد المديون وبقدر نصيب سائر الورثة يبقى فتستوفي ذلك مما ترك من كسبه وعليها ثلاث حيض لوقوع الفرقة بينهما بعد الدخول قبل الموت حين ملكت جزءاً منه فلا يتغير ذلك بموته وان كان لم يدخل بها فلا صداق لها ولا عدة عليها لان الفرقة وقعت قبل الدخول بسبب مضاف اليها وهو ملكها جزءاً من رقبته وذلك مسقط لجميع الصداق ﴿ قال ﴾ واذا اشترى المكاتب امرأته وقد ولدت منه لم يبطل النكاح لان الثابت له فى كسبه حق الملك وقد بينا فى كتاب النكاح ان حق الملك لا يمنع بقاء النكاح فان مات وترك وفاء تؤدي كتابته ويحكم بحريته قبل موته اما استنادا للعتق الى ما قبل الموت أو ابقاء له حياً حكما الى وقت أداء الكتابة ولما حكم بحريته ثم ملك رقبتها صارت على فراشه فارتفع النكاح وعتقت وأم الولد اذا عتقت بموت مولاها اعتدت بثلاث حيض

به اليها بالعتق

المدم لم يتقرر بالعتق

وفاء فعدتها شهران وخمسة أيام لانه مات عاجزاً فكان النكاح منتهيا بالموت

ـــوجوباً من العدة شهران وخمسة أيام وان لم تكن ولدت منه وقد ترك وفاء

فان كان دخل بها فعدتها حيضتان كالحر اذا اشترى امرأته بعد ما دخل بها فعليها من المدة حيضتان حتى لا يملك تزويجها الا بعد مضى المدة وان لم تظهر هذه الفرقة فى حقه حتى كان له أن يطأها وان لم يدخل بها فلا عدة عليها لان هذه الفرقة وقعت في حالة الحياة قبل الدخول وان كان لم يترك وفاء ولم يدخل بها أو دخل بها غير أنها لم تلد منه فعدتها شهران وخمسة أيام وكذلك ان كانت قد ولدت منه لانه مات عاجزاً فلم يملك شيئاً من رقبتها وانما كان النكاح بينهما منتهيا بالموت فعليها العدة شهران وخمسة أيام وهي أمة لمولى المكاتب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرد على من قال اذا طلق لغير السنة لا يقع

﴿قال﴾ وهذه المسئلة مختلف فيها بيننا وبين الشيعة على فصلين (أحدهما) أنه اذا طلقها فى حالة الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه يقع الطلاق عند جمهور الفقهاء وعندهم لا يقع (والثانى) أنه اذا طلقها ثلاثا جملة يقع ثلاثا عندنا والزيدية من الشيعة يقولون تقع واحدة والامامية يقولون لايقع شئ ويزعمون أنه قول على كرم الله وجهه وهو افتراء منهم على علي رضى الله تعالى عنه فقد ذكر بعد هذا في كتاب الطلاق عن على وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ان الثلاث جملة تقع بايقاع الزوج والمشهور من قول على رضي الله تعالى عنه كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه وشبهتهم فيه ان الزوج مأمور شرعا بايقاع الطلاق للسنة والمأمور من جهة الزوج بايقاع الطلاق للسنة وهو الوكيل اذا أوقع لغير السنة لا يقع فكذلك المأمور شرعا بل أولى لأن أمر الشرع ألزم ولأن نفوذ تصرفه بالاذن شرعا والمنهى عنه غير مأذون فيه فلا يكون نافذا كطلاق الصبي والمعتوه وحجتنا فى ذلك حرفان (أحدهما) ان النهى دليل ظاهر على تحقق المنهى عنه لان النهى عما لا يتحقق لايكون فان موجب النهى الانتهاء على وجه يكون المنهى فيه مختاراً حتى يستحق الثواب اذا انتهى ويستوجب العقاب اذا أقدم وما لم يكن المنهى عنه متحققا فى نفسه لايتصور كونه مختاراً فى الانتهاء وقد قررنا هذا في النهى عن صوم يوم العيد (والثاني) ان النهي اذا كان لمعنى فى غير المنهي عنه لايعدم المنهى عنه ولا يمنع نفوذه شرعا كالنهي عن الصلاة فى الأرض المغصوبة والنهى عن البيع عند النداء يوم الجمعة وهنا النهى لمعنى فى غير الطلاق من تطويل المدة

واشتباه أمر العدة عليها أوسد باب التلافي عند الندم فلا يمنع النفاذ واستكثر من الشواهد في الكتاب وكل ذلك يرجع الى هذين الحرفين وهذا بخلاف الوكيل فان نفوذ تصرفه بأمر الموكل فاذا خالف المأمور به لاينفذ وهنا تصرف الزوج بحكم ملكه وهو بعقد النكاح صار مالكا للتطليقات الثلاث والملك علة تامة لنفوذ التصرف ممن هو أهل للتصرف وان لم يكن مأموراً ولا مأذونا فيه وهذا بخلاف الصبي والمعتوه لان الاهلية لايقاع الطلاق غير متحققة فيهما ألا ترى أنه لايصح منهما التعليق بالشرط ولا الاضافة الى مابعد البلوغ ولا تمليك الامر منهما وكل ذلك صحيح من الرجل في حيض المرأة وبهذا ونظائره استشهد في الكتاب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب اللبس والتطيب

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه الاصل أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الحداد في عدتها وفيه لغتان حداد وإحداد يقال أحدت المرأة تحد وحدت تحد وكلاهما لغة صحيحة وهذا لما روى أن أم حبيبة رضي الله تعالى عنها لما أتاها خبر موت أبي سفيان رضى الله تعالى عنه دعت بطيب بعد ثلاثة أيام فأمسته عارضيها وقالت ماني حاجة الى الطيب ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايحل لامرأة تؤمن بالله ورسوله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الاعلى زوجها أربعة أشهر وعشراً وقال صلى الله عليه وسلم للمرأة التي استأذنته في الاكتحال قد كانت احداكن في الجاهلية الحديث على مارويناه فأما المبتوتة وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا أوتطليقة بائنة فعليها الحداد في عدتها عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه لاحداد عليها لان هذه العدة واجبة لتعرف براءة الرحم فلا حداد عليها كالمعتدة عن وطء بشبهة أو نكاح فاسد وهذا لان الحداد على المتوفى عنها زوجها لاظهار التأسف على موت الزوج الذي وفى لها حتى فرق الموت بينهما وذلك غير موجود في حق المطلقة لان الزوج جفاها وآثر غيرها عليها فانما تظهر السرور بالتخلص منه دون التأسف (ولنا) في ذلك حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء فان الحناء طيب وهذا عام في كل معتدة ولانها معتدة من نكاح صحيح فهي كالمتوفي عنها زوجها وتأثيره ان الحداد إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح والوطء الحلال بسببه وذلك

موجود في المبتوتة كوجوده في المتوفى عنها زوجها وعين الزوج ما كان مقصوداً لها حتى يكون التحزن بفواته بل كان مقصودها ماذكرنا من النعمة وذلك يفوتها في الطلاق والوفاة بصفة واحدة بخلاف العدة من نكاح فاسد والوطء بشبهة لانه مافاتها نعمة بل تخلصت من الحرام بالتفريق بينهما ٭وصفة الحداد ان لاتطيب ولاتدهن ولا تلبس الحلى ولا الثوب المصبوغ بالعصفر أو الزعفران لان المقصود من هذا كله التزين وهو ضد إظهار التحزن ولانه من أسباب رغبة الرجال فيها وهى ممنوعة من الرجال مادامت معتدة ولاثوب عصب ولا خز لتتزين به قيل هو البرد اليمانى والاصح انه القصب وفي النوادر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لابأس بأن تلبس القصب والخز الاحمر وتأويل ذلك اذا لبست ذلك لا على قصد التزين به فاما على قصد التزين به فهو مكروه كما قال في الكتاب ولا تدهن رأسها لزينة فان الدهن أصل الطيب الا ترى ان الروائح تلقى فيه فيصير غالية وان استعملت الدهن على وجه التداوى بأن أشتكت رأسها فصبت عليه الدهن جاز لان العدة لاتمنع التداوى وانما تمنع من التزين ولا تكتحل للزينة أيضا فان أشتكت عينها فلا بأس بأن تكتحل بالكحل الاسود لما روى ان المتوفى عنها زوجها استأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاكتحال في الابتداء فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما بلغت الباب دعاها فقال قد كانت احدا كن في الجاهلية الحديث وتأويله أنه وقع عنده صلى الله عليه وسلم أنها لاتقصد الزينة بالاكتحال في الابتداء فأذن لها ثم علم أن قصدها الزينة فنعها وان لم يكن لها الا ثوب مصبوغ فلا بأس بأن تلبسه من غير أن تريد الزينة بذلك لانها لاتجد بداً من ستر عورتها واذا لم تجد سوي هذا الثوب فقصودها الستر لا الزينة والاعمال بالنيات وأما المطلقة طلاقا رجعياً فلا بأس بأن تتطيب وتتزين بما أحبت من الثياب لان نعمة النكاح والحل مافاتت بعد لان الزوج مندوب الى أن يراجعها والتزين مما يبعثه على مراجعتها فتكون مندوبة اليه أيضاً فأما الكتابية تحت مسلم اذا فارقها أو توفى عنها فليس عليها أن تتقى في عدتها شيئاً من الطيب والزينة لان الحداد في العدة لحق الشرع وهى لاتخاطب بالشرائع وفي الكتاب قال لان الذى فيها من الشرك والذى تترك من فرائض الله تعالى أعظم من هذا ﴿ قال ﴾ وتتقى المملوكة المسلمة في عدتها ماتتقى منه الحرة الا الخروج لانها مخاطبة بحق الشرع كالحرة وانما لاتمنع من الخروج لحق مولاها في خدمته ولا حق للمولى

فى تطيبها وتزينها في العدة لانها محرمة عليه مالم تنقض عدتها ﴿قال﴾ وليس على الصبية أن تتق شيئاً من ذلك عندنا وقال الشافعى رضى الله عنه هى كالبالغة وعلى الولى أن يمنعها من الطيب والتزين كما يمنعها من شرب الخمر وحرمتها لحق الشرع وكما يجب عليها أصل العدة لحق الشرع لانا نعلم يقينا فراغ رحمها من ماء الزوج فكذلك الحداد فى العدة يجب عليها اذا توفي عنها زوجها ولكنا نقول هى لاتخاطب بحق الشرع بما هو أعظم من الحداد من الصوم والصلاة والحداد فى معنى شكر النعمة لانه اظهار التحزن على فوت نعمة الزوجية وليس عليها ذلك شرعا بخلاف أصل العدة فقد قال بعض مشايخنا هى لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولى يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضى مدة العدة مع أن العدة مجرد مضى المدة فثبوتها فى حقها لا يؤدى الى توجه خطاب الشرع عليها بخلاف الحداد فيها ﴿قال﴾ وليس على أم الولد فى عدتها اتقاء شئ من ذلك لان عدتها من السيد انما تجب عند العتق وفيه تخلصها من الرق ووصولها الى نعمة الحرية فلا يفوتها بها شئ من النعمة لتأسف على ذلك وما كان من حال الوطء بينها وبين المولى فقد كان بسبب هو عقوبة فى حقها وهو الرق فلا يعد نعمة وكرامة ولهذا لايثبت به الاحصان فعدتها بمنزلة العدة من نكاح فاسد وقد بينا فيما سبق أنهما لا يمنعان من الخروج فى عدتهما فكذلك لا يمنعان من التزين ألا ترى أن امرأة رجل لو تزوجت ثم دخل بها الزوج ثم فرق بينهما ثم ردت الى الزوج الاول كان لها أن تتزين وتتشوف الى زوجها الاول وعليها عدة الآخر ثلاث حيض ﴿قال﴾ رجل اشتري امرأته وهى أمة قد ولدت منه فسد النكاح وقد كانت حلالا له بالملك فلا بأس بأن تتزين له وتتطيب لانها غير معتدة فى حقه لان العدة أثر النكاح وكما أن الملك ينافى أصل النكاح ينافى أثره ولانه يحل له وطؤها بسبب الملك فلا بأس بأن تتطيب له وتتزين ليزداد رغبة فيها ولو أراد أن يزوجها رجلا لم يجز حتى تحيض حيضتين لانها معتدة فى حق غيره فان الفرقة وقعت بينها وبين زوجها بعد الدخول بسبب الملك وذلك لا ينفك عن عدة فجعلناها فى حق غيره كالمعتدة وان لم يكن فى حقه فان أعتقها فعليها ثلاث حيض لانها صارت أم ولد له حين اشتراها بعد ما ولدت منه بالنكاح وعلى أم الولد ثلاث حيض بعد العتق ثم تتق الطيب والزينة فى الحيضتين الاوليين اللتين كانتا عليها من قبل النكاح استحسانا وفى القياس ليس عليها ذلك لأن الحداد لا يلزمها عند وقوع الفرقة فكيف يلزمها

بعد ذلك وبالعتق انما يفوتها الحل الذى كان قائما قبله وقد بينا ان ذلك ليس بنعمة وجه الاستحسان ان العدة وجبت عليها بالفرقة ولكن لم يظهر ذلك لحق المولى لكونها حلالا له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت تلك العدة فى حق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد وانما كانت تتطيب تقديما لحق المولى على حق الشرع حين كانت حلالا له وقد زال ذلك بالعتق فاما الحيضة الثالثة فلا حداد عليها لأن ذلك لم يلزمها بسبب النكاح بل بسبب العتق لكونها أم ولد ولا حداد على أم الولد فى عدتها من سيدها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المتعة والمهر

اعلم بأن العلماء مختلفون فى المتعة فى فصول (أحدها) ان المتعة واجبة عندنا وقال مالك رضى الله تعالى عنه هى مستحبة لظاهر قوله تعالى حقا على المتقين وفى موضع آخر حقا على المحسنين وفي هذا إشارة الى أنها مستحبة فان الواجب يكون حتما على المتقين وغير المتقين ولما أمر شريح رضي الله تعالى عنه المطلق بان يمتعها قال ليس عندى ماأمتعها به فقال ان كنت من المحسنين أومن المتقين فمتعها ولم يجبره ولان المتعة غير واجبة قبل الطلاق فلا تجب بالطلاق لأنه مسقط لاموجب ولووجبت انما تجب باعتبار ملك النكاح وبالطلاق قبل الدخول أزال الملك لا الى أثر فكيف تجب المتعة باعتبار الملك (ولنا) فى ذلك قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف فان الله سبحانه وتعالى أضاف المتعة اليهن بلام التمليك ثم قال حقا وذلك دليل وجوبه وقال على المتقين وكلمة على تفيد الوجوب والمراد بالمتقين والمحسنين المؤمنون والمؤمن هو الذى ينقاد لحكم الشرع وقال الله تعالى ومتعوهن أمر به والامر للوجوب وقال الله تعالى فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا ولان الفرقة وقعت بالطلاق بعد صحة النكاح فلا تنفك عن الواجب لها كما اذا كان فى النكاح مسمى ثم عندنا لاتجب المتعة الا لمطلقة واحدة وهي المطلقة قبل المسيس والفرض وعند الشافعى رحمه الله تعالى لاتجب المتعة الا لمطلقة واحدة وهي المطلقة بعد المسيس اذا كان مهرها مسمى فانما يتحقق الاختلاف فى المطلقة بعد الدخول عندنا لها المهر المسمى أو مهر المثل اذا لم يكن فى النكاح تسمية وليس لها متعة واجبة ولكنها مستحبة وعند الشافعى رحمه الله تعالى لها متعة واجبة لعموم

قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المحسنين الا انا خصصنا المطلقة قبل المسيس بعد الفرض من هـذا العموم بالنص وهو قوله تعالى فنصف مافرضتم فجعل كل الواجب نصف المسمى ولان وجوب المتعة لمراعاة حق النكاح فأما المسمى أو مهر المثل فانما يسلم لها بالدخول فتبقى المتعة لها بحق النكاح بخلاف المطلقة قبل المسيس بعد الفرض لان نصف المفروض لها بحق النكاح اذ لم يكن بينهما سبب سوى النكاح وهنا بينهما سبب سوي النكاح وهوالدخول فلا حاجة الى ايجاب المتعـة هنا ﴿ ولنا ﴾ انها انما استحقت جميع المهر على زوجها فلا تستحق المتعة مع ذلك كالمتوفى عنها زوجها وهـذا لان النكاح عقد معاوضة وبعد تقرر الفرض لاحاجة الى شيء آخر توضيحه ان المتعة لاتجامع نصف المسمى وهو ما اذا طلقها قبل المسيس بعد الفرض فلأن لاتجامع جميع المسمى أولى وتحقيق هذا ان المتعة تجب خلفا عن مهر المثـل فان أوان وجوبها بعد الطلاق ولا يمكن ايجابها أصلا بسبب الملك لان مايجب بالملك أصلا لايتوقف وجوبه على زوال الملك فعرفنا انها وجبت خلفا لان بالخلف يبقي ما كان ثابتا من الحكم ولا يجمع بين الخلف والاصل بحال واذا وجب لها المهر الذى هو الاصل كله أو بعضـه لا تجب المتعة فأما المطلقة قبل المسيس والفرض فهى لاتستوجب شيئاً من الاصل فتجب لها المتعة وانما قلنا انها مستحبة لقوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وقد كان دخل بهن فدل أن المتعـة مستحبة فى هـذه الحالة وهو مروى عن ابن عباس وشريح رضى الله تعالى عنهما وكذلك كل فرقة جاءت من قبـل الزوج بأى سبب كانت وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة لان المتعة بمنزلة نصف المسمى فكما أن فى النكاح الذى فيه التسمية لايجب من المسمى شيء اذا جاءت الفرقة من قبلها قبـل الدخول بها فكذلك فى النكاح الذى لا تسمية فيه لاتجب المتعة اذا جاءت الفرقة من قبلها قبـل الدخول بها ﴿قال﴾ وأدنى ما تكون المتعة ثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة وللشافعى رحمه الله تعالى قولان (أحدهما) أنه شيء نفيس يعطيها الزوج تذكرة له وقد بينا هذا في كتاب النكاح (والثانى) أن المتعة ثلاثون درهما وهـذا ليس بصحيح قال الله تعـالى وللمطلقات متاع بالمعروف واسم المتاع لايتناول الدراهم وتقدير المتعة بالثياب مروى عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي رحمهم الله تعالى وكان ابن عباس رضى الله عنه يقول أرفع المتعة الخادم وأوسط المتعة الكسوة

أدناها النفقة ثم المعتبر في المتعة حالة الرجل لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
.كان الكرخي رضي الله عنه يقول هذا في المستحبة فأما في المتعة الواجبة يعتبر حالها لانها
خلف عن مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حالها فكذلك في المتعة وهذا الذي قاله ليس بقوي
ن الاعتبار بحاله أو بحالها فيما يكون واجبا ويدخل تحت الحكم وفي المستحب هذا
يكون ولان الله تعالى قال على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وكلمة على للوجوب فاذا
لقها قبل الدخول وقد سمى لها مهراً فلها نصف المسمى بالنص والقياس فيه أحد الشيئين
ا وجوب جميع المسمى لان الزوج هو الذي فوت الملك على نفسه باختياره فلا يسقط
قها في البدل كالمشترى اذا أتلف المبيع قبل القبض أو أن لا يجب شئ لان المعقود عليه
د اليها كما خرج عن ملكها وذلك مسقط للبدل كما اذا انفسخ البيع بخيار أو باقالة ولكنا
كنا القياس بالنص وفيه طريقان لمشايخنا رحمهم الله (أحدهما) أن الطلاق يسقط جميع
سمي كما يسقط جميع مهر المثل وانما لها نصف المسمى بطريق المتعة (والثاني) أن بالطلاق
ا لا يسقط الا نصف المسمي لانه متأكد بالعقد والتسمية جميعا بخلاف مهر المثل وهذا
يح فانه لو تزوجها على ابل سائمة وحال الحول عليها ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها نصف
كاة ولو سقط جميع المسمى ثم وجب النصف بطريق المتعة لما لزمها شئ من الزكاة ثم
سمى وان تنصف بالطلاق فكل واحد منهما مندوب الى العفو قال الله تعالى الا أن
ون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح والذي بيده عقدة النكاح عندنا هو الزوج
و قول ابن عباس وشريح رضي الله تعالى عنهما وقال مالك رحمه الله الذي بيده عقدة
نكاح وليها حتى ان على مذهبه اذا أبت المرأة أن تسقط نصيبها يندب الولى الى اسقاط
ـ ويصح ذلك منه وهذا فاسد لانه دين واجب لها أو عين مملوكة لها فلا يملك الولى
ساط حقها عنه ولكن المراد أنها تندب الى العفو بأن تقول لم تتمتع بي شيئاً فلا آخذ من
شيئاً أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وهو الزوج بأن يقول اخترت فراقها فلا أمنعها
ئاً من صداقها فيعطيها جميع المهر وظاهر الآية يدل على ذلك لان الذي بيده عقدة النكاح
يتصرف بعقد النكاح وهو الزوج دون الولى وان طلقها قبل أن يدخل بها وقد تزوجها
مهر فاسد كالخمر والخنزير فلها المتعة عندنا ونصف مهر المثل عند الشافعي عنه رضي الله
لان مهر المثل وجب بنفس العقد هنا بالاتفاق فيتنصف بالطلاق قبل الدخول كالمسمى

ولكنا نقول نصف المسمى ثبت بالنص بخلاف القياس والمخصوص من القياس بالنص لايقاس عليه غيره وقد بينا أن مهر المثل ليس فى معنى المسمى من كل وجه فانما لها المتعة بالنص وفى النكاح الفاسد اذا فرق بينهما قبل الدخول والخلوة أو بعد الخلوة والزوج منكر للدخول فلا شئ عليه لها لان وجوب المتعة اما لمراعاة حق النكاح أو ليكون خلفا عن مهر المثل وما هو الأصل لايجب في النكاح الفاسد قبل الدخول فكذلك ماهو خلفه والعبد بمنزلة الحر فى وجوب المهر والمتعة عليه اذا كان النكاح باذن المولى لانه مساو للحر في سبب وجوبهما وهو النكاح فكذلك فى الواجب بالسبب ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل احدى امرأتيه ثم مات وقد فرض لاحداهما مهرا ولم يفرض للاخرى والتى سمى لها مهراً لاتعرف بعينها ومهر مثلها سواء فلهما مهر وربع مهر بينهما سواء لان أكثر مايكون لهما مهر ونصف مهر وهو ان يكون الطلاق وقع على التى سمى لها المهر فيكون لها نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وللاخرى مهر كامل لتقرر نكاحها بالموت وأقل مايكون لهما مهر واحد وهو ان يكون الطلاق وقع على التى لم يفرض لهامهر افيسقط جميع مهرها فمهر واحد لها بيقين ونصف مهر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فكان الواجب مهراً وربع مهر وليست احداهما بأولى من الاخرى فيكون بينهما نصفين ولاشئ لهما من المتعة لان المتعة لاتجامع شيئاً من المهر ﴿قال﴾ فان كانت التي سمي لها المهر معروفة فلها ثلاثة أرباع المهر لان الطلاق ان كان وقع عليها فلها نصف المهر وان كان وقع على صاحبتها فلها كل المهر فأعطيناها ثلاثة ارباع المهر باعتبار الاحوال وللاخرى نصف مهر مثلها لان الطلاق ان وقع عليها لم يكن لها شئ وان لم يقع عليها كان لها جميع مهر مثلها فأعطيناها نصف المهر باعتبار الاحوال وفى القياس لها نصف المتعة لان الطلاق ان وقع عليها فلها جميع المتعة وان لم يقع عليها فلا متعة لها فيكون لها نصف المتعة باعتبار الاحوال الا ان فى الاستحسان لاشئ لها من المتعة لما بينا ان المتعة لاتجامع مهر المثل لانها خلف عنه وقد استحقت نصف مهر مثلها فلا يكون لهاشئ من المتعة ولان مهر المثل قيمة بضعها فلا يجامعها بدل آخر كقيمة المبيع اذا وجبت فى البيع الفاسد لايجب معه بدل آخر كذا هنا ﴿قال﴾ واذا وهبت المرأة لزوجها مهرها ثم طلقها قبل الدخول بها ولم تكن قبضت منه شيئاً لم يكن لواحد منهما على صاحبه شئ وفي القياس يرجع عليها زوجها بنصفه وهو قول زفر رحمه الله تعالى ووجه القياس انها

بالهبة

بالهبة استهلكت الصداق فكأنها قبضته ثم استهلكته فللزوج أن يرجع عليها بنصفه وجه الاستحسان ان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له عند الطلاق من غير عوض وقد حصل له هـذا المقصود قبـل الطلاق فلا يستوجب شيئاً آخر عند الطلاق كمن عليه الدين المؤجـل اذا عجله لم يجب لصاحب الدين عنـد حلول الأجل شيء وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لأعيانها بل لمقاصدها فاذا كان ماهو المقصود واجباً حاصلا فلا عبرة باختلاف السبب وعلى هذا لو كان الصداق عيناً فقبضته ثم وهبته من الزوج القياس ان هذا وهبتها من الاجنبي سواء فعند الطلاق يرجع الزوج عليها بنصفه وفي الاستحسان مقصود الزوج قد حصل بعود الصداق اليه بعينه من غير عوض ﴿قال﴾ ولو كان الصداق ديناً فقبضته ثم وهبته من الزوج رجع الزوج عليها بنصفه عند الطلاق لأن حق الزوج عند الطلاق هنا ليس في عين المقبوض ولكن الخيار اليها تعطيه من أي موضع شاءت فهبتها هـذا المقبوض منه كهبتها مالا آخر وفي الأول حق الزوج عند الطلاق في نصف المقبوض بعينه وقد عادت اليه بالهبة وحكي عن زفر رحمه الله تعالى أنه قال اذا تزوجها على ألف درهم بعينها فقبضتها ثم وهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء بناء على أصله ان النقود في العقود يتعين ولكن هذا لايستقيم الا أن يكون في المسئلة روايتان عن زفر احداهما مثل جواب الاستحسان فيخرج هذا على تلك الرواية ﴿قال﴾ ولو قبضت منه النصف ووهبت له النصف ثم طلقها لم يرجع واحد منهما على صاحبه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يرجع عليها بنصف المقبوض وجه قولهما أن هبة نصف الصداق قبل القبض حط منه والحط يلتحق بأصل العقد ويخرج به المحطوط من أن يكون عوضاً فكأنه تزوجها على ما بقي وقبضت منه ثم طلقها والجزء معتبر بالكل فيما وهبت وفيما قبضت وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لو قبضت النصف ولم تهب منه الباقي حتى طلقها لم يرجع عليها بشيء فلو رجع عليها بعد الهبة انما يرجع بسبب الهبة والهبة تبرع فلا توجب الضمان على المتبرع فيما تبرع به ولان ملكها في نصف الصداق قبل الدخول قوي وفي النصف ضعيف يسقط بالطلاق فيجعل المقبوض مما قوى ملكها فيه لان القبض مقرر للملك وانما يتقرر ملكها في المقبوض اذا تعين فيه النصف الذي سلم لها بعد الطلاق فتبين أنها وهبت النصف الذي كان للزوج بالطلاق وقد سلم له قبل الطلاق مجاناً وعلى هذا لو قبضت ستمائة ووهبت له أربعمائة ثم طلقها قبل الدخول

عند أبي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بمائة لان الموهوب من النصف الذى كان يسلم للزوج بالطلاق وقد سلم له قبل الطلاق عاجلا لان الموهوب من النصف الذى هو حق الزوج بعد الطلاق فاما بقي الى تمام حقه مائة درهم وعندهما يرجع عليها بثمانمائة درهم لان المحطوط صار كأن لم يكن وانما يرجع عليها بنصف المقبوض ﴿قال﴾ ولو قبضت الصداق كله ووهبته لأجنبي ثم وهبه الاجنبي من الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصفه العين والدين سواء في ذلك لان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له من جهتها عند الطلاق ولم يسلم له ذلك وانما سلم له مال من أجنبي آخر بالهبة وتبدل المالك بمنزلة تبدل العين فكانت مستهلكة للصداق وكذلك لو كانت باعت الصداق من زوجها ثم طلقها رجع عليها بنصفه فان مقصوده لم يحصل فان العين انما وصلت اليه ببدل عقد ضمان ﴿قال﴾ ولو وهبت الصداق لأجنبي قبل القبض فقبض الاجنبي ثم طلقها الزوج قبل الدخول رجع عليها بنصفه لان قبض الاجنبي بتسليطها كقبضها بنفسها ﴿قال﴾ ولو تزوجها على عبد ودفعه اليها ثم طلقها قبل ان يدخل بها فقضى للزوج بنصفه عليها فلم يقبضه حتى اعور أخذ نصفه وضمنها نصف العور لان بقضاء القاضي عاد الملك في النصف اليه وهو ملك مضمون له في يدها فكان كالمغصوب وان كان العبد في يد الزوج فطلقها فلم تقبض نصفه حتى حدث به عيب فاحش فهي بالخيار ان شاءت أخذت نصفه ناقصاً وان شاءت ضمنت الزوج نصف قيمته صحيحا لان ملكها بعد الطلاق في نصف العبد كملكها في جميعه قبل الطلاق ولو لم يطلقها حتى تعيب في يد الزوج كان لها الخيار ان شاءت أخذت الكل ناقصا وان شاءت ضمنته قيمته صحيحا فكذلك في النصف بعد الطلاق وان أعتقه الزوج بعد الطلاق جاز عتقه في نصفه لان بنفس الطلاق عاد الملك في نصفه الى الزوج اذا لم تكن قبضته فهو كعبد بين اثنين يعتقه أحدهما ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل ثلاث نسوة في عقدة واثنتين في عقدة وواحدة في عقدة ثم طلق احدى نسائه قبل ان يدخل منهن بواحدة ثم مات فلهن ثلاثة مهور لان أكثر مالهن ثلاثة مهور ونصف بان يصح نكاح الواحدة مع الثلاث فيجب أربعة مهور ثم يسقط بالطلاق قبل الدخول نصف مهر وأقل مالهن مهران ونصف بان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فيجب ثلاثة مهور ثم يسقط نصف مهر بالطلاق فقدر مهرين ونصف لهن بيقين ومهر واحد يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهن ثلاثة مهور للواحدة من ذلك سبعة أثمان مهر الا سدس ثمن مهر

لان نكاح الواحدة صحيح بيقين فان صح مع الثلاث فلها سبعة أثمان مهر لان الساقط بالطلاق نصف مهر حصتها ربع ذلك وهو ثمن المهر وان صح نكاحها مع الثنتين فلها خمسة أسداس المهر لان الساقط بالطلاق نصف مهر حصتها من ذلك ثلث ذلك النصف وهو سدس مهر انكسر المهر بالاسداس والاثمان فالسبيل أن تضرب الستة فى ثمانية فتكون ثمانية وأربعين لها في الحالة الاولى سبعة أثمان وهو اثنان وأربعون وفى الحالة الثانية خمسة أسداس وهو أربعون فمقدار أربعين لها بيقين والسهمان تثبت فى حال دون حال فتنتصف فيكون لها واحد وأربعون من ثمانية وأربعين وذلك سبعة أثمان مهر الا سدس ثمن مهر وللثلاث مهر وثمنا مهر ونصف ثمن مهر لان نكاحهن ان صح فلهن ثلاثة مهور أصابهن بالطلاق من الحرمان بقدر ثلاثة أرباع النصف وهو ثلاثة أثمان فيبقى لهن مهران وخمسة أثمان وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وثمنا مهر ونصف ثمن مهر وللثنتين خمسة أسداس مهر لانه ان صح نكاحهما فقد كان لهما مهران وأصابهما حرمان ثلثي النصف بالطلاق فيبقى لهما مهر وثلثان وان لم يصح نكاحهما فلا شئ لهما فكان لهما خمسة أسداس مهر بينهما نصفان وحكم الميراث قد بيناه في كتاب النكاح ان للواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين سهما من ميراث النساء والباقى بين الفريقين الآخرين نصفان فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما للثلاث من الباقي تسعة أسهم وللثنتين ثمانية أسهم وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطاً ﴿ قال ﴾ واذا تزوج ثلاثا فى عقدة واثنتين فى عقدة وأربعا فى عقدة ثم طلق احدى نسائه قبل الدخول ثم مات فلهن مهران ونصف مهر لان أكثر مالهن ثلاثة مهور ونصف بأن كان السابق نكاح الاربع فوجب أربعة مهور ثم سقط بالطلاق نصف مهر وأقل مالهن مهر ونصف بأن كان السابق نكاح الثنتين فوجب مهران ثم سقط بالطلاق نصف مهر فمهر ونصف لهن بيقين وما زاد على ذلك الى تمام ثلاثة مهور ونصف وذلك مهران يجب في حال دون حال فيتنصف فلهن مهران ونصف فاما مهر من ذلك لادعوى فيه للثنتين والفريقان الآخران يدعيانه فيكون بين الفريقين نصفين وقد استوت منازعة الفرق الثلاثة فى مهر ونصف فكان بينهن أثلاثا فيسلم للثنتين نصف مهر وللثلاث مهر وللاربع مهر وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولم يذكر قول محمد رحمه الله تعالى وتخريجه على الاصل الذى بيناه فى كتاب

النكاح انه يعتبر حال كل فريق على حدة فان صح نكاح الاربع فلهن ثلاثة مهور ونصف وان لم يصح فلا شئ لهن ونكاحهن يصح فى حال دون حالين فلهن ثلث ذلك وهو مهر وسدس مهر والثلاث ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف ونكاحهن يصح فى حال دون حالين فلهن ثلث ذلك وهو خمسة أسداس مهر والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهر ونصف ونكاحهما صحيح فى حال دون حالين فلهما ثلث ذلك وهو نصف مهر والميراث بين الفرق اثلاث أثلاثا لكل فريق ثلثه ربما كان أوثقنا لان حالهن فى استحقاق الميراث سواء وعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة ﴿ قال ﴾ ولو كان دخل بامرأتين لايعرفان باعيانهما ثم طلق احدى نسائه واحدة وطلق الأخرى منهن ثلاثا ثم تزوج واحدة بعد انقضاء المدة معناه بعد انقضاء مدة العدة فان ابتداء المدة فى الطلاق المبهم من وقت البيان ثم مات كان للمرأة الاخيرة التى تزوجها المهر كاملا لان نكاحها صحيح واقدامه على النكاح يكون قراراً منه بفساد نكاح الاربع لأن المسلم انما يباشر العقد الصحيح وبعد ماصح نكاح لاربع لايصح نكاح هذه الواحدة فكان هذا بيانا منه ان نكاح الاربع فاسد والبيان يكون تارة بالنص وتارة يكون بالدليل فلا مهر للاربع ولا ميراث ولا عدة عليهن وللواحدة جميع مهرها لانه ماأنشأ طلاقها بعد صحة نكاحها وعليها عدة المتوفى عنها زوجها ولها من الميراث خمسة أسهم من اثنى عشر سهما لانه ان صح نكاحها مع الثلاث كان لها ربعه وان صح نكاحها مع الثنتين كان لها ستة فلهذا أعطيناها خمسة من اثنى عشر وللثلاث أربعة من اثنى عشر لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلثا المهر ثمانية وان لم يصح فلا شئ لهن وللثنتين ثلاثة أسهم من اثنى عشر لانه ان صح نكاحهما فلهما ستة من اثنى عشر نصف الميراث وان لم يصح فلا شئ لهما وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن وللثنتين مهر ونصف وعلى الثلاث والثنتين عدة النساء أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض لتوهم الدخول والطلاق بعده فى حق كل واحدة منهن وهذا الجواب كله غلط غير صحيح أما في حق الواحدة فجوابه فى الميراث غلط لان نكاحها ان صح مع الثنتين فقد وقع الطلاقان على الثنتين وهما متعينتان وقد انقضت عدتهما فالميراث كله للواحدة وان كان الصحيح نكاح الثلاث فلها ثلث الميراث فقدر الثلاث لها بيقين والثلثان ثابتان فى حال دون حال فيتنصفان فينبغي أن يكون لها ثلثا

الميراث وفي الثلاث جوابه كذلك في الميراث صحيح وفي المهر غلط لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلثا الميراث وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن ثلث الميراث أربعة من اثنى عشر وأما في حق المهر فان صح نكاحهن فقد تقرر مهران بالدخول لاثنتين منهن والثالثة ان وقع الطلاق عليها فلها نصف وان لم يقع فلها مهر كامل فيكون لهما ثلاثة أرباع مهر بجملة مالهن ان صح نكاحهن مهران وثلاثة أرباع مهر وان لم يصح فيكون لهن مهر وثلاثة أثمان مهر لامهر ونصف وفي حق الثنتين جوابه في الميراث والمهر جميعا غلط لانا نتيقن انه لاميراث لهما فانه ان صح نكاحهما فقد وقع الطلاق عليهما وانقضت عدتهما وان لم يصح نكاحهما فلا شئ لهما وفي المهر ان صح نكاحهما فلهما مهران وان لم يصح فلا شئ فينبغي ان يكون لهمامهر واحد لامهر ونصف فعرفنا ان جواب الكتاب غير سديد ﴿ قال ﴾ ولو لم يدخل بشئ منهن ولم يتزوج شيئا وكانت احدى الثلاث أم احدي الأربع والحال على ماوصفت لك فان الأم والبنت لاينقصان من مهر ولاميراث من قبل ان الفريق الذى معها نكاحهن ونكاحها جائز أوفاسد اذ لاتصور لجواز نكاح الفريقين فلا يتحقق الجمع بين الام والبنت فلهذا كان هذا والفصل الأول سواء ﴿ قال ﴾ ولو طلق احدى الثلاث كان ذلك اقرارا منه بان الثلاث هن الأول لان تصرفه بايقاع الطلاق محمول على الصحة ما أمكن وذلك لايكون الا بعد صحة النكاح وكذلك لو ظاهر من احداهن أو دخل باحداهن كان ذلك بيانا منه ان نكاحهن صحيح فهذا والتصريح بالبيان سواء ثم تخريج المسئلة في المهر والميراث قد بيناه في كتاب النكاح ﴿ قال ﴾ ولو كانت احدى الاربع أمة لم يكن لها من الميراث ولا من المهر شئ لانا تيقنا بفساد نكاحها اما بتأخر العقد أو بالضم الى الحرائر فاذا فسد نكاحها بقي ثلاث وثلاث واثنتان فان طلق احدى نسائه ثم مات فلهن مهران لان أكثر مالهن مهران ونصف بان صح نكاح الثلاث ووجب ثلاثة مهور ثم سقط نصف مهر بالطلاق وأقل مالهن مهر ونصف بأن صح نكاح الثنتين فقدر مهر ونصف يقين ومهر واحد يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهن مهران فاما نصف مهر من ذلك لامنازعة للثنتين فيه فيكون بين الفريقين الآخرين نصفين وقد استوت منازعة الفرق الثلاث في مهر ونصف فيكون بينهن أثلاثا وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فأما تخريج محمد رحمه الله تعالى على ماأشرنا اليه في اعتبار حال كل فريق على حدة ويتضح عند التأمل والله سبحانه وتعالى أعلم

بالصواب واليه المرجع والمآب

باب ماتقع به الفرقة ممايشبه الطلاق

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا قال الرجل لامرأته أنت علىّ حرام فانه يسأل عن نيته لانه تكلم بكلام مبهم محتمل لمعان وكلام المتكلم محمول على مراده ومراده انما يعرف من جهته فيسأل عن نيته فان نوى الطلاق فهو طلاق لانه نوى مايحتمله كلامه فانه وصفها بالحرمة عليه وحرمتها عليه من موجبات الطلاق ثم ان نوى ثلاثا فهو ثلاث لان حرمتها عليه عند وقوع الثلاث فقد نوى نوعا من أنواع الحرمة وان نوى واحدة بائنة فهى واحدة بائنة لانه نوى الحرمة بزوال الملك ولايحصل ذلك الا بالتطليقة البائنة ومن أصلنا أن الزوج يملك الابانة وازالة الملك من غير بدل ولا عدد على مانبينه ان شاء الله تعالى وان نوى اثنتين فهى واحدة بائنة عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى يقع اثنتان لقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ مانوى ولان الثنتين بعض الثلاث فاذا كانت نية الثلاث تسع في هذا اللفظ فنية الثنتين أولى ألا ترى أنها لوكانت أمة كان يصح نية اثنتين فى حقها بهذا اللفظ فكذلك فى حق الحرة ولكنا نقول نية الثنتين فيه عدد وهذا اللفظ لايحتمل العدد لانها كلمة واحدة وليس فيها احتمال التعدد والنية اذا لم تكن من محتملات اللفظ لا تعمل فاما صحة نية الثلاث ليس باعتبار العدد بل باعتبار انه نوى حرمة وهى الحرمة الغليظة فانها لاتثبت بمادون الثلاث فاما الثنتان فلا يتعلق بهما فى حق الحرة حرمة لاتثبت تلك الحرمة بالواحدة فبقى مجرد نية العدد بخلاف الأمة فان الثنتين في حقها توجب الحرمة الغليظة كالثلاث فى حق الحرة وهذا بخلاف مااذا طلق الحرة واحدة ثم قال لها أنت على حرام ونوى اثنتين حيث لا تعمل نيته لان الحرمة الغليظة لاتحصل بهما بل بهما وبما تقدم فكان هذا مجرد نية العدد وان نوى الطلاق ولم ينو عددا فهذه واحدة بائنة لأن نية الطلاق قد صحت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة وان لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يمينا فان تحريم الحلال يمين قال الله تعالى يأيها النبي لم تحرم ماأحل الله الى قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم جاء فى التفسير انه كان حرم مارية القبطية على نفسه وفي بعض الروايات حرم العسل على نفسه وروى الضحاك عن أبي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله تعالى

عنهم فى هذا اللفظ انه لو نوى الطلاق فهو طلاق وان نوى اليمين فهو يمين وعن ابن عمر رضى الله عنه قريبا منه وعن زيد رضى الله عنه قال يمين يكفرها والشافعى رحمه الله تعالى يقول تحريم الحلال لايكون يمينا ولكن تجب به الكفارة فى الزوجة والامة خاصة وكذلك ان لم يكن له نية فهو يمين لان الحرمة الثابتة باليمين دون الحرمة التى تثبت بالطلاق وعند الاحتمال لا يثبت الا القدر المتيقن فكان يمينا ان قربها كفر عن يمينه للحنث وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالايلاء وكذلك لو نوى الايلاء فهو ونية اليمين سواء وان نوى الكذب فهو كذب لاحكم له لان كلامه من حيث الظاهر كذب فانه وصفها بالحرمة وهي حلال له قالوا هذا فيما بينه وبين الله تعالى فأما فى القضاء فلا يدين لان كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعا فلا يلغي مع امكان الاعمال وفى حمله على الكذب الغاؤه ولم يذكر فى الكتاب مالو قال نويت به الظهار وذكر فى النوادر أنه يكون ظهاراً فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لانها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان مانوى من محتملات لفظه وعند محمد رحمه الله تعالى لا يكون ظهاراً لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فى هذا ونظائره من الكنايات وهى ثلاث لا يدين فى شئ لانه وصفها بكونها محرمة عليه والحرمة لاتثبت صفة للمحل الا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين فى محل واحد وصفة الحل لاتزول الا بالتطليقات الثلاث فكان وقوع الطلاق موجباً لهذا اللفظ حقيقة فلا يدين فى شئ آخر ولكنا نقول وصفها بالحرمة والحرمة أنواع ولها أسباب فاذا نوى نوعا أوسبباً كان المنوى من محتملات كلامه فتصح نيته ﴿قال﴾ ولو قال كل حل علىّ حرام يسأل عن نيته فاذا نوى يمينا فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه الا أن ينويها فاذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة وفى القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحنث وتلزمه الكفارة فان فتح العينين والقعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الحنث عقيب التحريم موجوداً ولكنا نقول علمنا يقينا انه لم يرد به العموم لان البر مقصود الحالف ولا تصور للبر اذا حمل على العموم فاذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذى به قوام النفس ولا تدخل المرأة فيه الا أن ينويها لان ادخالها بدون النية لمراعاة العموم وقد تعذر ذلك والعادة ان المرأة اذا

قصدت بالتحريم تخص بالذكر فان نواها دخلت فيه لان المنوى من محتملات لفظه ولكن لايخرج الطعام والشراب حتى اذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين فى صرف اللفظ عن ظاهره فاذا حنث سقط عنه الايلاء لان الكفارة لزمتـه وارتفعت اليمين وان لم يكن له نية فهو يمين يكفرها لان الحرمة باليمين أدنى الحرمات وان نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسئلة الأولى وعنـد نيـة الطلاق لايكون يمينا لانه لفظ واحد فلايسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين فاذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى انه لو قال لامرأتين أنتما على حرام ينوي في احـداهما الطلاق وفي الأخرى اليمين انه يكون طلاقا فيهما جميعا وكذلك لو نوى فى احداهما الطلاق ثلاثا وفى الاخرى واحدة يكون ثلاثا فيهما جميعا لانه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفـين وان نوى الـكذب فهو كذب كما بينا فى الفصل الأول ﴿قال﴾ واذا قال لامرأته قد حرمتك على أو قد حرمتـك أو أنت على حرام أوأنا عليك حرام أو حرمت نفسى عليـك أو أنا عليـك محرم أو أنت على محرمـة فالقول فى ذلك كالقول في الحرام لان الحرمة تثبت من الجانبين فيصح اضافتها الي نفسه كما يصح اضافتها اليها وذكر الفعل وهو قوله حرمتك بمنزلة ذكر الوصف لانها لاتصير محرمة عليه الا بفعله ولو قال أنت على كمتاع فلان ينوى به الطلاق أو الايلاء فهـذا ليس بشئ لانه ماوصـفها بالحرمة بهذا اللفظ فان متاع فلان ليس عينه بحرام الا ترى انه يحل له تناوله باذن المالك وعند عدم الاذن لايحل لحق المالك لالحرمة المحل حتي اذا لم يكن المـالك محترما بان كان حربيًا كان تناوله مباحا ﴿قال﴾ واذا قال أنت على كالدم أو كالميتة أوكلحم الخنزير أوالخمر يسأل عن نيته لأنه شبهها بمحرم العين فان هـذه الاعيان محرمة العـين شرعا قال الله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم الآية فكان هذا بمنزلة تحريمها على نفسه بقوله أنت على حرام وقد بينا أنه يسأل عن نيته والدليـل على الفرق فصـل الظهار فانه لوشبه امرأته بأجنبيـة لايكون مظاهرا ولو شبهها بأمه يكون مظاهرا لأن الأم تكون محرمة عليه فهذا مثـله ﴿قال﴾ ولو قال أنت منى بائن أو بتـة أو خليـة أو برية فان لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل وتارة تكون فى الصحبـة والعشرة وتارة من النكاح واللفظ المحتمل لا

يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال ولان بدون النية معنى الطلاق مشكوك في هذا اللفظ والطلاق بالشك لاينزل وان نوى الطلاق فهو كما نوى ان نوى ثلاثا فثلاث لانه نوى أتم أنواع البينونة فان البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقيبه وتارة تكون على وجه لايحتمل الوصل عقيبه وهو الثلاث مالم تتزوج بزوج آخر فعملت نيته وان نوي اثنتين فهى واحدة بائنة عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقد بينا في الفصل الاول الكلام فى هذا فان قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد وان نوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهى واحدة بائنة عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه هي واحدة رجعية وكذلك كل لفظ يشبه الفرقة اذا أريد به الطلاق كقوله حبلك على غاربك وقد خليت سبيلك ولا ملك لى عليك والحقى بأهلك واخرجي واستترى وتقنعي وقد وهبتك لأهلك ان قبلوها أولم يقبلوها وقد أبنت نفسك مني أو أبنت نفسى منك فالجواب فى هذا كله كما ذكرنا في قوله أنت مني بائن وقد نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه فى قوله حبلك على غاربك أنه طلاق اذا نوي ولان فى هذه الالفاظ احتمال معنى زوال الملك فان من سيب ناقته يجعل حبلها على غاربها ويخلى سبيلها وفى قوله لاملك لى عليك تصريح بنفي الملك وفى قوله الحقى بأهلك الزامها الالتحاق بأهلها وذلك بعد انقطاع النكاح بينهما وفى قوله اخرجي واستتري وتقنعي الزامها ماصرح به وانما يلزمها ذلك فى حقه بعد زوال الملك وكذلك هبتها لاهلها تكون أمراً بالالتحاق بهم بازالة ملك نفسه عنها فاذا ثبت هذا كانت هذه الالفاظ كلها كلفظة البينونة وبعض المتأخرين من مشايخنا يسمون هذه الالفاظ كنايات وهو مجاز لاحقيقة لان عندنا هذه الالفاظ تعمل فى حقائق موجباتها ولهذا يقع به التطليقة البائنة والكناية مايستعار لشيء آخر فانما يستقيم هذا الاصل على أصل الشافعي رحمه الله تعالى فانه يجعل هذه الالفاظ كناية عن لفظ الطلاق ولهذا كان الواقع به رجعياً وكان محمد رحمه الله تعالى أشار الى هذا المعنى فى قوله وكذلك كل كلام تقع به الفرقة ممايشبه الطلاق ثم الكلام بيننا وبين الشافعى رحمه الله تعالى ينبنى على أصل وهو ان عنده ازالة الملك بعد الدخول غير مملوك للزوج الا باشتراط البدل أو باستيفاء العدد وعندنا هو مملوك له كايقاع أصل الطلاق حتى لو قال لامرأته أنت طالق بائن عندنا تقع تطليقة بائنة وعنده تقع تطليقة رجعية واستدل فقال ان خيار الرجعة بعد ايقاع الطلاق ثابت شرعا في العدة لابايجاب من الزوج فلاتصرف

له في اسقاطه شرعا وفي وصف التطليقة بالبينونة اسقاط خيار الرجعة ولو صرح به فقال انت طالق ولا رجعة لي عليك لم يسقط حق الرجعة فهنا أولى ولان ازالة ملك النكاح معتبر بازالة ملك اليمين تارة يكون بالمعاوضة فيثبت بنفسه وتارة يكون بجهة التبرع فيتأخر الى مابعد القبض ولو أراد تغييره لايملك ذلك حتى لو قال وهبت منك هبة توجب الملك بنفسه كان باطلا فكذلك ازالة ملك النكاح تارة يكون بعوض وهو الخلع فيثبت بنفسه وتارة يكون بغير عوض فيتأخر الى مابعد انقضاء المدة أو استيفاء العدد فلا يملك تغييره بتنصيصه لان هذا التنصيص تصرف منه في حكم الشرع لا في ملك نفسه ولان هذه الالفاظ دون لفظ الصريح حتى أنها لاتعمل الا بالنية فاذا كان الصريح الذي هو أقوي لايزيل الملك بنفسه فهذا أولى وهذه الالفاظ كناية عن الطلاق غير عاملة بحقائق موجباتها فان حقيقة حرمتها عليه ان تكون مؤبدة كحرمة الأمهات ولا يثبت ذلك بشئ من هذه الالفاظ فان مايثبت بهذه الالفاظ الحرمة التي تثبت بالطلاق فعرفنا أنها كناية عن الطلاق وحجتنا في ذلك ان ايقاع صفة البينونة تصرف من الزوج في ملكه فيكون صحيحا كايقاع أصل الطلاق وبيانه ان الطلاق بالنكاح مملوك للزوج وما صار مملوكا له الا لحاجته الى التفصى عن عهدة النكاح وذلك بازلة ملك النكاح وكذلك قبل الدخول ازالة الملك مملوك للزوج وبالدخول يتأكد له ملكه فلا يبطل ما كان ثابتا له بالملك من ولاية الازالة وكذلك يملك الاعتياض عن ازلة الملك وانما يملك الاعتياض عما هو مملوك له فثبت ان الابانة مملوكة له فكان وصفه الطلاق الذي أوقع بالبينونة تصرفا منه في ملك نفسه فيجب إعماله ما أمكن وكان ينبني على هذا الاصل ان يزول الملك بنفس الطلاق الا أن حكم الرجعة بعد صريح الطلاق ثبت شرعا بخلاف القياس وما ثبت شرعا بخلاف القياس لايلحق به ماليس في معناه وهذا ليس في معنى صريح لفظ الطلاق لانه يجامع النكاح ألا ترى أنها بعد الرجعة توصف بانها مطلقة ومنكوحة ولا توصف بانها مبانة ومنكوحة فاذا لم يكن في معني المنصوص يؤخذ فيه بأصل القياس ولان في قوله أنت طالق يحتمل الطلاق المبين وغير المبين فكان قوله بائنا لتعيين أحد المحتملين كما تقول الناس يكون محتملا للعموم والخصوص واذا قال الناس كلهم يزول به هذا الاحتمال وكذلك اذا قال بعت يحتمل البيع بالخيار والبيع البات فاذا قال بيعا باتا يزول هذا الاحتمال وهذا بخلاف الهبة فانها لاتوجب الملك لضعفها في نفسها

حتى تتأيد بما يقويها وهو القبض وشرطها لاتتقوى وهنا قوله أنت طالق لايزيل الملك بنفسه لالضعفه لانه قوي لازم بل لانه غير مناف للنكاح فاذا قال تطليقة بائنة فقد زال ذلك المعنى حين صرح بما هو مناف للنكاح وهذه الالفاظ تعمل في حقائق موجباتها فان حرمتها عليه تثبت بهذا اللفظ مؤبدة عند نية الثلاث ولكن الزوج الثاني رافع للحرمة كما أن زوال الملك بالطلاق يثبت مؤبداً وان كان العقد بعده يوجب الملك الا أنه لايمكن اثبات حقيقة موجب هذا اللفظ من جهة الزوج الا بالطلاق فلهذا وجب اعمال نيته في الطلاق وعلى هذا لو قال لها أنت حرة لان فيه معنى ازالة الملك فان النكاح رق وحريتها عنه تكون بازالته فأما اذا قال لها اعتدى فهذا اللفظ كناية لانه محتمل يحتمل أن يكون مراده اعتدى نعم الله أو نعمي عليك أو اعتدى من النكاح فاذا نوى به الطلاق وقعت تطليقة رجعية لان وقوع الطلاق ليس بحقيقة اللفظ فان حقيقته فى الحساب فلا تأثير له فى ازالة الملك والعدة تجامع النكاح ابتداء وبقاء ولكن من ضرورة عدتها من النكاح تقدم الطلاق فكان وقوع الطلاق بطريق الاضمار فى كلامه فكأنه قال طلقتك فاعتدي ولهذا قلنا انه وان تكلم بهذا اللفظ قبل الدخول تعمل نيته فى الطلاق ولاعدة عليها قبل الدخول فعرفنا أن اللفظ غير عامل في حقيقته ولكن الطلاق فيه مضمر يظهر عند نيته عرفنا ذلك بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لسودة حين أراد أن يطلقها اعتدى وكذلك قوله استبرئى رحمك بمنزلة التفسير لقوله اعتدي لانه تصريح بما هو المقصود من العدة وكذلك لو قال لها أنت واحدة لانه كلام محتمل يجوز أن يكون قوله واحدة نعتاً لها أى واحدة عند قومك أو منفردة عندى ليس معك غيرك أو واحدة نساء العالم فى الجمال ويحتمل أن يكون نعتاً لتطليقة أي أنت طالق واحدة فلا يقع الطلاق به الا بالنية فاذا نوى يقع به تطليقة رجعية لان الوقوع بطريق الاضمار فكأنه صرح بما هو المضمر وعند الشافعى رحمه الله تعالى لايقع بهذا اللفظ شئ وان نوى لان قوله واحدة نعت لها وليس فيه احتمال معنى الطلاق أصلا ولكنا نقول كلام العاقل متى أمكن حمله على ماهو مفيد يحمل عليه فاما اذا قال لها أنت طالق يقع به تطليقة رجعية نوى أولم ينو لان هذا اللفظ صريح فى الطلاق عند النكاح لغلبة الاستعمال فلا حاجة الى النية فيه ولانه يختص بالنساء ولا يذكر لفظ الطلاق الا مضافا الى النساء وانما يذكر فى غيرهن الاطلاق والمعنى المختص بالنساء النكاح فتعين الطلاق عن النكاح عند الاضافة اليها وكذلك مايكون

مشتقا من لفظ الطلاق كقوله قد طلقتك أو أنت مطلقة الا انه روي عن محمد رحمه الله تعالى انه اذا قال أنت مطلقة باسكان الطاء وتخفيف اللام لا يكون طلاقا الا بالنية لان هذا اللفظ غير مختص بالنساء، ولو نوى بقوله أنت طالق ثلاثا أو اثنتين لا تعمل نيته عندنا ولا تقع عليها الا واحدة رجعية وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يقع مانوى وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول لان الصريح أقوى من الكناية فاذا صح نية الثلاث في قوله أنت بائن فلأن يصح في قوله أنت طالق أولى وهذا لان لفظ الطلاق محتمل للعدد حتى يفسر به فتقول أنت طالق ثلاثا وهو نصب على التفسير واذا قيل ان فلانا طلق امرأته يصح الاستفسار عن العدد فيقال كم طلقها ولان قوله أنت طالق أي طالق طلاقا فانها لا تكون طالقا الا بالطلاق ولو صرح بهذا ونوى الثلاث يصح ولانه لو قال لها طلقي نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته فكذلك اذا قال طلقتك لان كل واحد منهما ذكر بلفظ الفعل وحجتنا في ذلك ان ابن عمر رضي الله تعالى عنه طلق امرأته فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ولم يستفسره انك أردت الثلاث أم لا ولم يحلفه على ذلك ولو كانت نية الثلاث تسع في هذا اللفظ لحلفه كما حلف ابن ركانة رضي الله تعالى عنه في لفظ البتة والمعنى فيه انه نوى مالا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته كما لو قال لها حجي أو زوري أباك أو اسقيني ماء من خارج ونوى به الطلاق وهذا لأن المنوى اذا لم يكن من محتملات اللفظ فقد تجردت النية عن اللفظ وبمجرد النية لا يقع شئ وانما قلنا ذلك لان قوله أنت طالق نعت فرد فلا يحتمل العدد ألا ترى أنه يقال للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فيكون نعتا للنساء لا للطلاق وقوله طلقتك فعل وهو لا يحتمل العدد كقوله قمت وقعدت وأحد لا يخالف في هذا وانما تعمل النية عنده بما قال انها لا تكون طالقا الا بالطلاق ولكن هذا ثابت بمقتضي كلامه ولا عموم للمقتضى عندنا لان ثبوته لتصحيح الكلام حتى لو صح بدون المقتضي لا يثبت المقتضى ويصح بدون صفة العموم في المقتضي ولان ذكر النعت يقتضي وصفا ثابتا للموصوف لغة فاما الوصف الثابت للواصف لتصحيح كلامه يكون ثابتا شرعا لا لغة والطلاق بهذه الصفة لان تقديم الايقاع لتصحيح كلامه شرعا وكذلك في قوله قد طلقتك فانه حكاية قوله ولا احتمال فيه لمعنى العدد ولا لمعنى العموم بخلاف قوله طلقي نفسك فان نية العدد لا تعمل هناك عندنا حتى لو نوى الثنتين لا يصح ونية الثلاث انما تصح

باعتبار معنى العموم لانه تفويض والتفويض قد يكون عاما وقد يكون خاصا والمفوض اليها بهذا اللفظ طلاق وذلك ثابت فى هذا اللفظ لغة والطلاق بمنزلة أسماء الاجناس يحتمل العموم والخصوص فتعمل نيته فى العموم ولسنا نقول فى قوله ثلاثا انه نصب على التفسير بل هو منصوب بنزع حرف الخافض عنه معناه بثلاث كقوله ماهذا بشراً أوهو منصوب على طريق البدل عن مصدر محذوف ومعناه طلاقا ثلاثا وبأن صح الاستفسار عن العدد فى الحكاية فذلك لايدل على أنه من محتملات اللفظ كما يصح الاستفسار عن الشرط والبدل وأما اذا قال أنت طالق طلاقا فقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا تعمل نية الثلاث فيه لان المصدر يذكر لتأكيد الكلام يقال أكلت أكلا وقمت قياما فلا تسع فيه نية الثلاث ثم ولئن صحت نية الثلاث فلاتصح باعتبار العدد بل باعتبار معنى العموم لان المصدر يحتمل الكثرة قال الله تعالى وادعوا ثبوراً كثيراً ولان المصدر يضارع الاسم فكان هذا وقوله أنت طالق الطلاق سواء وتصح نية الثلاث فى قوله الطلاق لانه من أسماء الاجناس محتمل للعموم والخصوص ولان الالف واللام لاستغراق الجنس فيما لا معهود فيه وكذلك قوله أنت الطلاق فمعناه أنت طالق الطلاق حتى تسع فيه نية الثلاث وقد يذكر المصدر ويراد به الفعل يقال انما هو اقبال وادبار على سبيل النعت للمقبل والمدبر وعلى هذا لو قال أنت الطلاق يقع به الطلاق بمنزلة قوله أنت طالق وذكر ابن سماعة رحمه الله تعالى أن الكسائى رحمه الله تعالى بعث الى محمد رحمه الله تعالى بفتوى فدفعها الىّ فقرأتها عليه ما قول القاضى الامام فيمن يقول لامرأته

فان ترفقى يا هند فالرفق أيمن ‏ ‏ ‏ وان تخرقى يا هند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة ‏ ‏ ‏ ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

كم يقع عليها . فكتب فى جوابه ان قال ثلاث مرفوعا تقع واحدة وان قال ثلاث منصوبا يقع ثلاث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء فيبقى قوله أنت طالق فتقع واحدة وان قال ثلاثا منصوب على معنى البدل أو على التفسير يقع به ثلاث ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته سرحتك أوفارقتك ولم ينو الطلاق لم يقع شئ عندنا وعندالشافعى رضى الله عنه يقع الطلاق وهما صريح عنده لان كتاب الله تعالى ورد بهما فى قوله تعالى وسرحوهن ولكنانقول الصريح مايكون مختصا بالاضافة الى النساء فلايستعمل فى غير النكاح وهذا لايوجد فى هذين اللفظين

فان الرجل يقول سرحت ابلي وفارقت غريمي أوصديقي فهما كسائر الالفاظ المبهمة لايقع بهما الطلاق الا بالنية ﴿قال﴾ ولو قال اذهبي ونوى به الطلاق كان طلاقا موجبا للبينونة لانه لايلزمها الذهاب الا بعد زوال الملك فان قال اذهبي وبيعي ثوبك ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وكان طلاقا في قول زفر رحمه الله تعالى ذكره في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى لان نية الطلاق عاملة في قوله اذهبي وقوله بيعي ثوبك مشورة فلايتغير بهحكم اللفظ الاول وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول معني كلامه اذهبي لتبيعي ثوبك فكان مصرحا بخلاف المنوى فلهذا لاتعمل نيته ﴿قال﴾ ولو قال أنا منك طالق فليس هذا بشيء وان نوى الطلاق عندنا وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يقع به الطلاق اذا نوى الوقوع عليها لانه لو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ونوى به وقوع الطلاق قع ولفظ الصريح أقوى من لفظ الكناية وهذا لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى سميا متناكحين ويبتدأ في النكاح بذكر كل واحد منهما وينتهي النكاح بموت كل واحد منهما حتى يرث كل واحد منهما من صاحبه فيصح اضافة الطلاق الى كل واحدمنهما لا ان اضافة الطلاق الى الزوج غير متعارف فيحتاج فيه الى النية ومحل وقوع الطلاق المرأة فلا بد من نية الوقوع عليها كما في ألفاظ الكنايات وحجتنا في ذلك ماروى ان امرأة قالت لزوجها لو كان الي ما اليك لرأيت ماذا أصنع فقال جعلت اليك ما الي فقالت طلقتك فرفع ذلك الى عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنه فقال فض الله فاها هلا قالت طلقت نفسي منك وفي الكتاب علل فقال لان الزوج لايكون طالقا من امرأته ومعنى الطلاق هو لاطلاق والارسال وقيد الملك في جانبها لا في جانبه ألا ترى انها لاتتزوج بغيره والزوج تزوج بغيرها ولا يتحقق الارسال في جانبه ولهذا يكون الوقوع عليها لاعليه فانما هو مطلق لها كما يكون المولي معتقا لعبده ولو قال للعبد أنا حرمنك لم يعتق العبد فكذلك الطلاق وبه فارق لفظ البينونة والحرمة لان البينونة قطع الوصلة والوصلة مشتركة بينهما الا ترى انه يقال بانت عنه وبان عنها وكذلك لفظ الحرمة يقال حرم عليها وحرمت عليه وقد بينا أن هذه الالفاظ لم تعمل بحقائق موجباتها والذى يقول الملك مشترك كلام لامعنى له بل الملك للزوج عليها خاصة حتى يتزوج المسلم الكتابية ولايتزوج الكتابي المسلمة وفيه كلام طويل لاصحابنا رحمهم الله تعالى والأولى ان نقول ماثبت لها بالنكاح ملك المهر والنفقة وذلك

لا يقبل الطلاق وماثبت له عليها ملك الحل وهو الملك الأصلي الذي يقابله البدل والطلاق مشروع لرفعه وانما يرفع الشيء عن المحل الوارد عليه دون غيره ثم الملك الذي يثبت في جانبها تبع للملك الثابت للزوج وما يكون تبعاً في النكاح لايكون محلا لاضافة الطلاق اليه عندنا كيدها ورجلها على ما نقرره في قوله يدك طالق ورجلك طالق ﴿قال﴾ ولو قال أنت طالق البتة سئل عن نيته فاذا نوى تطليقة واحدة فهي واحدة بائنة لأن قوله البتة نعت للطلاق أي قاطع للنكاح كقوله بائن ولو نوى ثلاثا فثلاث وان لم يكن له نية فهي واحدة بائنة كما في قوله أنت بائن فان قال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي البتة أخرى تطلق اثنتين بائنتين لان الرجل لو قال لامرأته أنت بتة ونوى به الطلاق تعمل نيته فكذلك اذا نوى بلفظة البتة تطليقة أخرى ولو قال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي البتة اثنتين طلقت اثنتين لان نية العدد لاتسع في لفظ البتة وكذلك كل كلام يشبه الطلاق ضمه الى الطلاق الا قوله اعتدي فانه رجعي لاتسع فيه نية الثلاث لان وقوع الطلاق به باضمار لفظ الطلاق فيه فلا يكون أقوى مما لو صرح به ولو قال لها اعتدي وقال لم أنو الطلاق فهي امرأته بعد أن يحلف وكذلك في جميع الالفاظ المتقدمة اذا قال لم أنو الطلاق فعليه اليمين لانه أمين فيما يخبر عن ضميره والقول قول الامين مع اليمين واليمين لنفي التهمة عنه ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن ركانة رضي الله تعالى عنه في لفظ البتة لما كان الثلاث من محتملات لفظه ولو قال اعتدي فاعتدي أو قال اعتدي واعتدي أو قال اعتدي اعتدي وقال نويت الطلاق فهي تطليقتان في القضاء ولو قال عنيت واحدة دين فيما بينه وبين الله تعالى وعن زفر رحمه الله تعالى انه تعمل نيته في القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في قوله فاعتدي كذلك وفي قوله واعتدي أو اعتدي تطليقتان كما هو ظاهر الرواية وزفر رحمه الله تعالى يقول كرر اللفظ الأول والتكرار للتأكيد لا للزيادة وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الفاء للوصل فيكون معناه فاعتدي بذلك الايقاع لا ايقاعا آخر والواو للعطف وموجب العطف الاشتراك فيكون الثاني ايقاعا كالاول وجه ظاهر الرواية ان هذا اللفظ عند نية الايقاع كالصريح ولو قال أنت طالق وطالق أو طالق فطالق أو طالق طالق كان تطليقتين فكذلك هنا في القضاء ولو قال اعتدي اعتدي اعتدي وهو ينوي تطليقة واحدة بهن جميعاً فهو كذلك فيما بينه وبين الله تعالى فاما في القضاء فهو ثلاث لما بينا ان كل كلام

ايقاع مبتدأ في الظاهر والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولكن يحتمل تكرار الأول والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يسع المرأة اذا سمعت ذلك ان تقيم معه لانها مأمورة باتباع الظاهر كالقاضي ولو قال نويت بالأولى الطلاق وبالآخرتين المدة فهو مصدق في القضاء لان ظاهر كلامه أمر بالاعتداد والامر بالاعتداد يستقيم بعد وقوع التطليقة فكان مصدقا في القضاء وفي الحاصل هذه المسئلة على اثنى عشر وجها وقد بينا ذلك في شرح الجامع الصغير وان قال لها أنت طالق فاعتدي وأراد بقوله فاعتدى المدة فهو مصدق في القضاء لان الأمر بالاعتداد مستقيم بعد وقوع التطليقة الواحدة وان أراد تطليقة أخرى أو لم ينو شيئاً فهي أخرى لانها ذكرت بعد مذاكرة الطلاق وان أراد به ثنتين فهي واحدة رجعية لان نية العدد لا تسع في هذا اللفظ وكذلك قوله أنت طالق واعتدى ﴿قال﴾ واذا قالت المرأة لزوجها طلقني فقال اعتدى ثم قال لم أنو به الطلاق لم يصدق في القضاء عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يصدق لانه لو ذكر هذا اللفظ قبل سؤالها الطلاق لم يعمل الا بنية الطلاق فكذلك بعد سؤالها لان العامل لفظ الزوج ولفظه لا يختلف بسؤالها وعدم سؤالها ويجوز أن يكون مراده اعتدى نعمتي عليك ولا تشتغلي بسؤال الطلاق فانه كفران النعمة ولكنا نقول هذا الكلام بعد سؤال الطلاق لا يراد به الا الطلاق عادة والقاضي مأمور باتباع الظاهر وماهو المعتاد ثم الكلام الواحد قد يكون مدحا وقد يكون ذما وانما يتبين أحدهما عن الآخر بالمقدمة ودلالة الحال فان لم تعتبر دلالة الحال لا يتميز المدح من الذم اذا عرفنا هذا فنقول الاحوال ثلاثة حال مذاكرة الطلاق وحال الغضب وحال الرضا فاما في حال مذاكرة الطلاق لا يدين في القضاء في شيء من الالفاظ التى ذكرناها بل يحمل على الجواب لما تقدم في سؤالها ويكون ماتقدم في السؤال كالمعاد في الجواب وفي حالة الغضب لا يدين في ثلاثة ألفاظ اعتدى واختاري وأمرك بيدك لان هذه الالفاظ لا تحتمل معنى السب والايعاد وعند الغضب اما أن يكون مراده السب أو الطلاق فاذا لم يكن في اللفظ احتمال معنى السب تعين الطلاق مراداً به وفي خمسة ألفاظ يدين في القضاء وهى قوله أنت بائن حرام بتة خلية برية لان هذه الالفاظ تحتمل معنى السب أي أنت بائن من الدين برية من الاسلام خلية من الخير حرام الصحبة والعشرة بتة عن الاخلاق الحسنة فلا يتعين الطلاق مراداً به فاذا قال أردت السب كان

مدينا

مدينآ فى القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه ألحق بهذه الالفاظ أربعة ألفاظ أخر خليت سبيلك فارقتك لاسبيل لى عليك لاملك لى عليك لأنها تحتمل معنى السب أى لاملك لى عليك لانك أدون من أن تملكى لاسبيل لى عليك لشرك وسوء خلقك وفارقتك اتقاء لشرك وخليت سبيلك لهوانك علىّ وأما فى حالة الرضا فهو مدين فى هذه الالفاظ ولا يقع الطلاق بها الا بالنية وكذلك فيما سواها من الالفاظ ﴿قال﴾ واذا قال لها اعتدى ثلاثا وقال نويت تطليقة واحدة تعتد لها ثلاث حيض فالقول قوله فى القضاء لان الثلاث عدد الطلاق وعدد لاقراء العدة أيضاً والعدة في لفظه والطلاق فى ضميره فاذا صلح قوله ثلاثا بيانا لما فى ضميره فلان يصلح بيانا لما تلفظ به أولى فلهذا قبل قوله فى القضاء ﴿قال﴾ وان قال لامرأته لست لى بامرأة ينوى الطلاق فهو كما وصفت لك في الخلية والبرية فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لاتطلق وهذا ليس بشئ لحديث عمرَ بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال اذا سئل الرجل ألك امرأة فقال لا فانما هى كذبة وهذا المعنى انه نفى نكاحها ونفى الزوجية لايكون طلاقا بل يكون كذبا منه لما كانت الزوجية بينهما معلومة كما لوقال لامرأته والله ماأنت لى بامرأة أو على حجة ان كانت لى امرأة أو مالى امرأة أو قال لم أتزوجك لم يقع الطلاق بهذه الالفاظ وان نوى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول قوله لست لى بامرأة كلام محتمل أى لست لى بامرأة لانى فارقتك أو لست لى بامرأة لانك لم تكونى فى نكاحي وموجب الكلام المحتمل يتبين بنيته فلا تكون هذه الالفاظ طلاقا بغير النية ونية الطلاق تعمل فيه لانه من محتملاته كما في قوله خلية برية فاما فى قوله والله ما أنت لى بامرأة فيمينه لايكون الا على النفى فى الماضى وذلك يمنع احتمال معنى الطلاق فيه وكذلك اذا قال لم أتزوجك فهو جحود للنكاح من الاصل والطلاق تصرف في النكاح وجحود أصل الشئ لايحتمل معني التصرف فيه واذا قيل ألك امرأة فقال لا فالسائل انما سأله عن نكاح ماض وكلامه جواب فيكون نفيا للنكاح في الماضى وهو كذب كما قال عمر رضى الله تعالى عنه فاما قوله لست نفي للنكاح فى الحال وفى المستقبل لافى الماضى فيكون محتملا للطلاق وفي قوله مالى امرأة فحرف ما للنفي فيما مضى فهو كحرف اذ للماضي واذا للمستقبل حتى لو قال طلقتك اذ دخلت الدار تطلق فى الحال ولو قال اذا دخلت الدار لاتطلق حتى تدخل فاما

اذا قال لانكاح بيني وبينك ولاسبيل لي عليك فهو نفي في الحال وفي المستقبل لا في الماضي فتسع فيه نية الطلاق بالاتفاق وهذا دليل لابي حنيفة رحمه الله تعالى واذا قال أنت طالق ثم قال عنيت طالقا من الوثاق أو طالقا من الابل لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ولكن يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه محتمل فان الطلاق من الاطلاق والاطلاق مستعمل في الابل والوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال أنت طالق من وثاق لم يقع عليها شيء لانه بين بكلامه موصولا مراده من قوله طالق والبيان المغير صحيحا موصولا وقد بيناه في الاقرار وان قال عنيت بقولي طالقاً من عمل من الاعمال ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى هذا والاول سواء وفي ظاهر الرواية هناك لا يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان لفظ الطلاق لا يستعمل في العمل حقيقة ولا مجازاً الا ان يذكره موصولا فيقول أنت طالق من عمل كذا فحينئذ هي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى ويقع الطلاق في القضاء لانه ليس بيان من حيث الظاهر لما لم يكن ذلك اللفظ مستعملا فيه وكل ما لا يدينه القاضي فيه فكذلك المرأة اذا سمعت منه أو شهد به شاهدا عدل لا يسعها أن تدين الزوج فيه لانها لا تعرف منه الا الظاهر كالقاضي ﴿قال﴾ واذا طلق امرأته تطليقة بائنة ثم قال لها في عدتها أنت علي حرام أو ما أشبه ذلك وهو يريد بذلك الطلاق لم يقع عليها شيء لانه صادق في قوله هي علي حرام وهي منه بائن ومعنى هذا ان صيغة كلامه في قوله طالق أو بائن وصف ولكن يجعل ايقاعا ليتحقق ذلك الوصف بما يقع والوصف هنا متحقق من غير ان يجعل كلامه ايقاعا والاوجه ان يقول ان هذه الالفاظ تعمل بحقائقها من ثبوت الحرمة والبينونة بها والثابت لا يمكن اثباته وانما تعمل هذه الالفاظ بارادة الفرقة أو رفع النكاح بها وذلك لا يتحقق بعد وقوع الفرقة فاما اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت بائن ثم طلقها تطليقة بائنة ثم دخلت الدار في عدتها وقع عليها تطليقة أخرى بذلك اللفظ عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يقع عليها شيء لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولو نجز قوله أنت بائن في هذه الحالة لم يقع به شيء فكذلك اذا وجد الشرط كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم أبانها ثم دخلت الدار لم يكن مظاهراً منها كما لو نجز الظهار في الحال وكذلك اذا قال لها اذا جاء غد فاختاري ثم أبانها ثم جاء غد فاختارت نفسها لم يقع شيء عليها كما

لو نجز التخيير بعد البينونة وعلماؤنا رحمهم الله تعالى قالوا التعليق بالشرط قد صح ووجد الشرط وهي محل لوقوع الطلاق عليها فينزل ماتعلق كما لو وجد الشرط بعد الطلاق الرجعي وكما لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق وهذا لان هذه الالفاظ انما تخالف الصريح فى الحاجة الى نية الفرقة أو رفع النكاح بها اوالحاجة الى هذه النية عند التلفظ بها فاذا كان التلفظ بعد البينونة لم تصح هذه النية واذا كان قبل البينونة صحت النية وتعلق الطلاق بالشرط ثم لاحاجة الى النية عندوجودالشرط فكانت هذه الالفاظ عند وجود الشرط فى وقوع الطلاق بها كلفظ الصريح وانما الحاجة فى وجود الشرط الى وجود المحل وباعتبار المدة هي محل لوقوع الطلاق عليها وبه فارق الظهار فانها لم تبق محلا للظهار باعتبار المدة لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وموجبه حرمة مؤقتة الى التكفير وبعد ثبوت الحرمة بزوال الملك على الاطلاق لاتكون محلا للحرمة المؤقتة وهذا بخلاف التخيير لان الوقوع هناك باختيارها نفسها لابتخيير الزوج ولهذا كان الضمان على شاهدى الاختيار دون التخيير واختيارهانفسها بعدالفرقة باطل لانها صارت أحق بنفسها فاما هناالوقوع عند وجود الشرط باليمين السابق ولهذا كان الضمان على شاهدي اليمين دون شاهدى الشرط واليمين قد صحت كما قررنا ﴿قال﴾ فى الكتاب ألا ترى أنه لو آلي من امرأته ثم طلقها واحدة بائنة ثم مضت مدة الايلاء وهى فى المدة وقعت عليها تطليقة الايلاء وزفر رحمه الله تعالى يخالف في هذا أيضا ولكن من عادته الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام واذا قال لامرأته أنا بائن يعني منك ولم يقل منك فليس هذا بشيء وان عني به الطلاق وكذلك لو قال أنا حرام ولم يقل عليك بخلاف ما اذا قال أنت بائن أو أنت حرام والفرق ان البينونة قطع الوصلة المشتركة ولا وصلة فى حقها الا التي بينه وبينها اذ لايتصور على المرأة نكاحان فعند اضافة البينونة اليها تتعين الوصلة التى بينه وبينها وان لم يضف الى نفسه واما فى جانبه فالوصلة تتحقق بينه وبين غيرها مع قيام الوصلة بينه وبينها فاذا قال أنا بائن لاتتعين بهذا اللفظ الوصلة التى بينهما مالم يقل منك وكذلك في لفظ الحرمة فانها لاتحل الا له خاصة فاذا قال أنت حرام يتعين الحل الذى بينهما للرفع بهذا اللفظ واذاقال أنا حرام لايتعين الحل الذى بينهما لجواز الحل الذى بينه وبين غيرها فالم يقل عليك لايتم كلامه ايجابا ﴿قال﴾ ولوقال بعد الخلع أو التطليقة البائنة لها في عدتها أنت طالق عندنا يقع الطلاق عليها وعند الشافعى رضى الله تعالى عنه لايلحق البائن الصريح

كما لا يلحقه بائن حتى لو قال لها بعد الخلع أنت بائن لا يقع الطلاق وان نوى فكذلك اذا قال أنت طالق لان قوله أنت بائن مع نية الطلاق بمنزلة الصريح أو أقوى منه وهذا لأن الطلاق مشروع لازالة ملك النكاح وقد زال الملك بالخلع فلا يقع الطلاق بعده كما بعد انقضاء العدة ولا يجوز أن تكون محلا للطلاق باعتبار العدة لان وجوب العدة هنا لحرمة الماء حتى لا تجب قبل الدخول فتكون كالعدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ولو كانت هذه العدة أثر النكاح فهو أثر يبقى بعد فساد الملك وهو بعد التطليقات الثلاث وبمثل هذا الأثر لا تكون محلا للطلاق كالنسب فانه أثر النكاح ولكن لما كان يبقى بعد نفاذ ملك الطلاق لا تصير به محلا للطلاق وحجتنا في ذلك قوله تعالى «فلا جناح عليهما فيما افتدت به» يعني الخلع ثم قال بعده فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيكون هذا تنصيصاً على وقوع الطلقة الثالثة بالايقاع بعد الخلع وفي المشاهير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة رواه أبو سعيد الخدري رضى الله عنه وغيره وجاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني حلفت بثلاث تطليقات أن لا أكلم أخي فقال صلى الله عليه وسلم طلقها واحدة واتركها حتى تنقضي عدتها ثم كلم أخاك ثم تزوجها ولو كان الطلاق لا يقع بعد الخلع لأرشده الى الخلع ليرتفع الهجران بينه وبين أخيه في الحال والمعنى فيه أنها معتدة من طلاق فلحقها التطليقات المملوكة للزوج بايقاعه كالمعتدة من قوله أنت طالق أو بائن وهذا لان موجبه ليس هو زوال الملك ألا ترى أن بعد الطلاق الرجعي الملك يبقى مع لزوم الطلاق فان المطلقة تطلق ثانيا ولو كان موجبه زوال الملك لم يتصور الايقاع بعد الايقاع لان الاول ان كان مزيلا فلا موجب للثاني وان لم يكن الاول مزيلا فكذلك الثاني وكذلك بعد الرجعة يبقى الطلاق واقعا ولا يزول به الملك في الحال ولا في الثاني والاسباب الشرعية اذا خلت عن موجباتها كانت لغوا فاذا ثبت أن موجب الطلاق ليس هو زوال الملك لا يشترط قيام الملك لصحته كما لا يشترط قيام ملك اليمين لصحته ولكن موجبه الاصلي رفع الحل الذي صارت المرأة به محلا للنكاح وذلك الحل باق بعد الخلع فكان الايقاع في هذه الحالة مفيد الموجبه فان قيل هذا موجود بعد انقضاء العدة قلنا نعم ولكن الايقاع منه تصرف على الحل باثبات صفة الحرمة ورفع الحل فلابد من نوع ملك له على الحل لينفذ تصرفه وذلك اما ملك

النكاح أو ملك اليد ببقاء العدة لانها في سكناه وفى نفقته عندنا وعنده اذا كانت حاملا وملك اليد في التصرف كملك العين ألا ترى أن المكاتب يتصرف بملك اليد له في كسبه والمضارب بعد ماصار المال عروضا يتصرف وان نهاه رب المال لملك اليد له فاما بعد انقضاء العدة فليس له عليها ملك اليد وبهذا الحرف فارق العدة النسب لان باعتبار نسب الولد لايبقى ملك اليد عليها والفرق بين قوله أنت طالق وبين قوله بائن ماذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب وقد طوّله وحاصل ماقال ان قوله بائن لايعمل الا بارادة الفرقة أو رفع النكاح وبعد البينونة لايتحقق هذا فاما قوله طالق عامل بنفسه من غير ارادة فرقة أو رفع نكاح فيشترط لصحته قيام المحل توضيح الفرق ان قوله بائن عامل فى حقيقة موجبه وهو قطع الوصلة ووصلة النكاح بينهما منقطعة ولا أثر لهذا اللفظ فى قطع وصلة العدة فخلى عن موجبه فاما موجب الطلاق فهو رفع الحل كما بينا والايقاع بعد البينونة عامل فى موجبه لانها تحرم به اذا تم العدد ثلاثا وهذا بخلاف العدة من نكاح فاسد لان بتلك العدة لايثبت له عليها ملك اليد حتى لاتستحق عليه النفقة والسكنى ولو قال لها بعد الخلع اعتدى ونوى به الطلاق وقع عليها تطليقة أخرى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه لايقع عليها شئ بهذا لان هذا اللفظ لايعمل بنفسه بل بنية الطلاق فيكون بمنزلة قوله بائن وفى ظاهر الرواية قال هذا اللفظ عامل من غير ارادة الفرقة أو فساد النكاح فان الواقع به رجعى كالصريح وهذا لان عمل هذا اللفظ لابحقيقة موجبه بل باضمار الطلاق فيه ولهذا صح قبل الدخول فكان المضمر كالمصرح به وقد بينا انه لوقال لامرأته أنت بائن ينوى الثنتين لايقع الا واحدة وفى الكتاب فرق بينه وبين نية الثلاث لما ذكرنا ان نية الثلاث تعمل لانه نوى بها نوعا من أنواع البينونة وذلك لايوجد فى الثنتين الا فى حق الأمة فاما الحرة اذا كان قد طلقها واحدة ثم قال لها أنت بائن فان نوى ثنتين لم يقع الا واحدة بهذا اللفظ لانه نوى العدد واللفظ لايحتمله وان نوى ثلاثا وقع عليها بهذا اللفظ ثنتان لان نيته قد صحت باعتبار انه نوى نوعا من البينونة فيقع ماتثبت به تلك البينونة وذلك بالتطليقتين الباقيتين والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب طلاق أهل الحرب

﴿قال﴾ واذا سبي أحد الزوجين الحربيين وأخرج الى دار الاسلام انقطعت العصمة بينهما بغير طلاق لان ارتفاع النكاح كان حكما لتباين الدارين وهو مناف لعصمة النكاح والفرقة الواقعة بسبب المنافي للنكاح لاتكون طلاقا كالفرقة بالمحرمية ولان هذا السبب يشترك فيه الزوجان وتقع الفرقة بنفسه فلايكون طلاقا كالفرقة بسبب ملك أحد الزوجين صاحبه وفقهه انه ليس اليهما من الطلاق شئ فكل سبب يتم بهما لايكون طلاقا فان طلقها بعد هذا لايقع أيضاً لأنها بانت لا الى عدة فانه ان سبي الزوج أولا فلا عدة على الحربية وان سبيت المرأة ولا عدة على المسبية لانها تحل للسابي بعد الاستبراء بالنص فان سبي الآخر بعده لم يعد النكاح بينهما لارتفاعه بالسبب المنافي ولا يقع طلاقه أيضاً لانها ليست فى عدته ولا يجب على الزوج شئ من المهر ان كان دخل بها أولم يدخل بها سبيا أو سبي أحدهما لانها ان سبيت فقد خرجت من أن تكون أهلا لمالكية المال وان سبي الزوج فالدين على الحر لايبقى بعد السبي كسائر الديون لان الدين على المملوك لايجب الا شاغلا لمالية رقبته وحين وجب الدين عليه لم يكن مالا فلا تشتغل ماليته بعد ذلك بالدين فلهذا سقط وانلم يسبيا ولكن أسلم أحدهما وخرج الى دار الاسلام فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لتباين الدارين فان طلقها بعد هذا لم يقع طلاقه عليها أما اذا كان الزوج هو الذى أسلم فلانه لاعدة على الحربية وان كانت المرأة هي التى أسلمت فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاعدة على المهاجرة أيضاً وعندهما وان كان يلزمها العدة فهذه العدة لاتوجب ملك اليد للحربى عليها فكان بمنزلة العدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة فلا يقع الطلاق عليها باعتبارها وان أسلم الزوج بعدها وخرج لم يقع طلاقه عليها أيضاً وقيل هذا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى فأما قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر يقع طلاقه عليها وهو نظير مالو اشترى امرأته بعد مادخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدة لايقع طلاقه فى قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى وفى قول أبي يوسف رضى الله عنه الآخر يقع وكذلك اذا اشترت المرأة زوجها ثم أعتقته وعلى هذا لو ارتد الزوج ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه عليها فان عاد مسلما ثم طلقها فهو على هذا الخلاف وجه قوله أبي يوسف رحمه

الله تعالى الاول انها صارت بحال لايقع طلاقه حين لحق بدار الحرب أو بقي في دار الحرب أو ملكها بالشراء فدل ذلك على زوال ملك اليد الذى كانت به محلا للطلاق وبعد مازال الملك لا يعود الا بالتجديد وجه قوله الآخر أن المانع من وقوع الطلاق تباين الدارين حقيقة وحكما أو عدم ظهور العدة فى حقه حين اشتراها وقد زال ذلك حين أعتقها وحين خرج الى دارنا مسلما وهى فى عدته بعد فيقع عليها طلاقه كما لو أسلم أحد الزوجين فى دار الاسلام وفرق بينهما بالاباء من الآخر ثم طلقها الزوج وهى في العدة فانه يقع الطلاق ثم ان كان دخل بها فلها أن تؤاخذه بمهرها اذا خرج الى دار الاسلام لان المهر قد تقرر عليه بالدخول فيبقى بعد اسلامها وان لم يدخل بها وكانت هى التي خرجت أولا مسلمة فلها على الزوج نصف المهر لانه انما يحال بالفرقة على جانب الزوج حين أصر على شركه في دار الحرب بعد اسلامها وان كان الزوج هو الذى خرج أولا مسلما فلامهر لها عليه لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول واذا سبيا معا فهما على النكاح لعدم تباين الدارين وقد بيناه في كتاب النكاح ﴿قال﴾ واذا تزوج المسلم كتابية فى دار الحرب فتمجست انتقض النكاح بينهما لان تمجسها اذا كانت تحت مسلم بمنزلة ردتها وطلاقه يقع عليها ما دامت في العدة كما لو ارتدت المرأة فى دار الاسلام وهذا لانه لم تتباين بهما الدار وهو المنافى للعصمة والحرمة بسبب الردة على شرف الزوال بالاسلام فلا تمنع ثبوت الحرمة بالتطليقات الثلاث فان خرج الزوج الى دار الاسلام وبقيت فى دار الحرب لم يقع طلاقه عليها لتباين الدارين حقيقة وحكما وان خرج الزوجان الى دارنا مستأمنين ثم أسلم أحدهما فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض وقد بينا في كتاب النكاح اختلاف الروايات فى عرض الاسلام على الآخر منهما فاذا حاضت ثلاث حيض وقعت الفرقة بغير طلاق بينهما وانقطعت العصمة فلا يقع عليها طلاقه لأن المصر منهما على شركه من أهل دار الحرب ألا ترى انه يتمكن من الرجوع الى دار الحرب فهو بمنزلة مالو كان فى دار الحرب حقيقة فى المنع من وقوع طلاقه عليها وكذلك اذا صار أحدهما ذميا وأبى الآخر فالحكم فيما وصفنا من الفرقة فى دار الاسلام وفى دار الحرب سواء لان الذى صار من أهل دارنا والآخر من أهل دار الحرب وما سوى هذا من مسائل الباب قد بينا شرحها فى كتاب النكاح والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مالا يقع فيه الطلاق على المرأة

﴿قال﴾ واذا اشترت الحرة زوجها وهو عبد أو ملكته كله أو بعضه بميراث أو غيره فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان ملك اليمين مناف لملك النكاح ويحقق هذا المنافي من كل واحد منهما فتكون الفرقة بغير طلاق وكذلك الحر يملك امرأته أو بعضها وهذا لان ملك رقبتها مناف لملك النكاح شرعا لان ملك النكاح مشروع لاثبات الحل به وهى تحل له بملك اليمين فينتفي بتقرره ملك النكاح ثم لا يقع طلاقه عليها لان ملكه رقبتها كما ينافى أصل ملك النكاح ينافى ملك اليد بسبب النكاح وبه كانت محلا لوقوع الطلاق فلهذا لا يقع طلاقه عليها بعد هذا وكذلك المرأة يجامعها أبو زوجها أو ابنه أو جامع الزوج أمها أو ابنتها فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان الحرمية بالمصاهرة تنافى النكاح ابتداء وبقاء كالحرمية بالرضاع والنسب وعليها العدة ان كان قد دخل بها ولا يقع طلاقه عليها فى هذه العدة لان موجب الطلاق حرمة ترتفع باصابة الزوج الثانى وقد ثبتت بينهما حرمة مؤبدة لا ترتفع بوجه من الوجوه فلا يتصور مع هذا ثبوت الحرمة التى ترتفع بالزوج الثانى ومتى خلا السبب عن موجبه كان لغواً ﴿قال﴾ وأهل الذمة وأهل الاسلام فيما ذكرنا من الحرمة سواء الا أن يكون ملة من ملل الكفر يستحل ذلك أهلها فى دينهم فيخلى عنهم وما استحلوا من ذلك لمكان عقد الذمة وهو بمنزلة المجوسي يتزوج أمه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وفي قوله الآخر لا يتركون على شئ من الحرام في النكاح والحكم يجرى عليهم فى ذلك كما يجرى على أهل الاسلام سواء اختصموا أو لم يختصموا وهذا القول لابى يوسف رحمه الله تعالى ذكره فى هذا الكتاب خاصة وقد بينا وجهه فى كتاب النكاح مع سائر ما فى الباب من المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب من الطلاق

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا عندنا وهو قول عمر وعلى وابن عباس وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم وقال الحسن البصرى تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فلا يقع بها

باب مالا يقع فيه الطلاق على المرأة

﴿قال﴾ واذا اشترت الحرة زوجها وهو عبد أو ملكته كله أو بعضه بميراث أو غيره فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان ملك اليمين مناف لملك النكاح ويتحقق هذا التنافي من كل واحد منهما فتكون الفرقة بغير طلاق وكذلك الحر يملك امرأته أو بعضها وهذا لان ملك رقبتها مناف لملك النكاح شرعا لان ملك النكاح مشروع لاثبات الحل به وهي تحل له بملك اليمين فينتفي بتقرره ملك النكاح ثم لا يقع طلاقه عليها لان ملكه رقبتها كما بقي أصل ملك النكاح بقي ملك اليد بسبب النكاح وبه كانت محلا لوقوع الطلاق فلهذا لا يقع طلاقه عليها بعد هذا وكذلك المرأة يجامعها أبو زوجها أو ابنه أو جامع الزوج أمها أو ابنتها فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان المحرمية بالمصاهرة تنافي النكاح ابتداء وبقاء كالمحرمية بالرضاع والنسب وعليها العدة ان كان قد دخل بها ولا يقع طلاقه عليها في هذه العدة لان موجب الطلاق حرمة ترتفع باصابة الزوج الثاني وقد ثبتت بينهما حرمة مؤبدة لا ترتفع بوجه من الوجوه فلا يتصور مع هذا ثبوت الحرمة التي ترتفع بالزوج الثاني ومتى خلا السبب عن موجبه كان لغوا ﴿قال﴾ وأهل الذمة وأهل الاسلام فيما ذكرنا من الحرمة سواء الا أن يكون ملة من ملل الكفر يستحل ذلك أهلها في دينهم فيخلى عنهم وما استحلوا من ذلك لمكان عقد الذمة وهو بمنزلة المجوسي يتزوج أمه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وفي قوله الآخر لا يتركون على شئ من الحرام في النكاح والحكم يجرى عليهم في ذلك كما يجرى على أهل الاسلام سواء اختصموا أو لم يختصموا وهذا القول لابي يوسف رحمه الله تعالى ذكره في هذا الكتاب خاصة وقد بينا وجهه في كتاب النكاح مع سائر ما في الباب من المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب من الطلاق

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا عند وهو قول عمر وعلى وابن عباس وأبي هريرة رضى الله تعالى عنهم وقال الحسن البصري تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع:

باب مالا يقع فيه الطلاق على المرأة

﴿قال﴾ واذا اشترت الحرة زوجها وهو عبد أو ملكته كله أو بعضه بميراث أو غيره فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان ملك اليمين مناف لملك النكاح ويتحقق هذا المنافي من كل واحد منهما فتكون الفرقة بغير طلاق وكذلك الحر يملك امرأته أو بعضها وهذا لان ملك رقبتها مناف لملك النكاح شرعا لان ملك النكاح مشروع لاثبات الحل به وهى تحل له بملك اليمين فينتفى بتقرره ملك النكاح ثم لا يقع طلاقه عليها لان ملكه رقبتها كما ينافى أصل ملك النكاح ينافى ملك اليد بسبب النكاح وبه كانت محلا لوقوع الطلاق فلهذا لا يقع طلاقه عليها بعد هذا وكذلك المرأة يجامعها أبو زوجها أو ابنه أو جامع الزوج أمها أو ابنتها فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان المحرمية بالمصاهرة تنافى النكاح ابتداء وبقاء كالمحرمية بالرضاع والنسب وعليها العدة ان كان قد دخل بها ولا يقع طلاقه عليها فى هذه العدة لان موجب الطلاق حرمة ترتفع باصابة الزوج الثانى وقد ثبتت بينهما حرمة مؤبدة لا ترتفع بوجه من الوجوه فلا يتصور مع هذا ثبوت الحرمة التى ترتفع بالزوج الثانى ومتى خلا السبب عن موجبه كان لغواً ﴿قال﴾ وأهل الذمة وأهل الاسلام فيما ذكرنا من الحرمة سواء الا أن يكون ملة من ملل الكفر يستحل ذلك أهلها فى دينهم فيخلى عنهم وما استحلوا من ذلك لمكان عقد الذمة وهو بمنزلة المجوسي يتزوج أمه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وفي قوله الآخر لا يتركون على شئ من الحرام في النكاح والحكم يجرى عليهم فى ذلك كما يجرى على أهل الاسلام سواء اختصموا أو لم يختصموا وهذا القول لابى يوسف رحمه الله تعالى ذكره فى هذا الكتاب خاصة وقد بينا وجهه فى كتاب النكاح مع سائر مافى الباب من المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب من الطلاق

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا عندنا وهو قول عمر وعلى وابن عباس وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم وقال الحسن البصرى تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فلا يقع بها

شئ

شيء كما لو قال لها أنت طالق وطالق وطالق ولكنا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد لان الموقع هو العدد فاذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثا لايقع شيء وهذا لان الكل كلمة واحدة في الحكم فان ايقاع الثلاث لايتأتى بعبارة أوجز من هذا والكلمة الواحدة لايفصل بعضها من بعض بخلاف قوله أنت طالق وطالق وطالق لانها كلمات متفرقة فاما اذا قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق بانت بالأولى وكانت الثنتان فيما لايملك وهو قول علي وابن مسعود وزيد وابراهيم رضى الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى اذا كان في مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات لان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد ولكنا نقول كل كلمة ايقاع على حدة فلا تعمل الا في محل قابل له فاذا بانت لاالى عدة لم تبق محلا للوقوع عليها ثم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تبين بالاولى قبل ان يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد رحمه الله تعالى بعد فراغه من الكلام الثاني لجواز ان يلحق بآخر كلامه شرطا أو استثناء ولكن هذا انما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو فامابدونه لايتحقق الخلاف لانه لايلحق به الشرط والاستثناء ﴿قال﴾ ولو قال لها رأسك طالق كانت طالقا لا باضافة الطلاق الى الرأس بعينه فانه لو قال الرأس منك طالق أو وضع يده على رأسها وقال هذا العضو منك طالق لا يقع شيء ولكن باعتبار أن الرأس يعبر به عن جميع البدن يقال هؤلاء رؤس القوم ومع الاضافة الى الشخص أيضا يعبر به عن جميع البدن يقول الرجل أمري حسن مادام رأسك أي ما دامت باقيا وكذلك الوجه يعبر به عن جميع البدن يقول الرجل لغيره ياوجه العرب وكذلك الجسد والبدن والرقبة والعنق يعبر بها عن جميع البدن قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال الله تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين وكذلك الفرج قال صلي الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج وكذلك الروح يعبر بها عن جميع البدن وهو مذكور في كتاب الكفالة فصار هو بهذا اللفظ مضيفا الطلاق الى جميعها فكأنه قال أنت طالق وأما اذا قال يدك طالق أو رجلك طالق أو أصبعك طالق لا يقع شيء عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى تطلق لانه أضاف الطلاق الى جزء مستمتع به منها بعقد النكاح فيقع الطلاق كالوجه والرأس وهذا لان مبنى الطلاق على الغلبة والسراية فاذا أوقعه علي جزء منها يسرى الى جميعها كالجزء الشائع

وبه فارق النكاح فانه غير مبني على السّراية ولهذا لا تصح اضافته عندى الى جزء شائع وهذا لان الحل والحرمة اذا اجتمعا فى المحل يترجح جانب الحرمة فى الابتداء والانتهاء والدليل عليه انه لو قال لها أنت طالق شهراً يقع مؤبداً ولو قال تزوجتك شهراً لم يصح النكاح فيجعل ذكر جزء منها كذكر جزء من الزمان فى الفصلين وحجتنا في ذلك ان الاصبع ليس بمحل لاضافة النكاح اليه فكذلك الطلاق لمعني وهو انه تبع فى حكم النكاح والطلاق ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها أصبع ويبقى بعد فوات الاصبع وهذا لان النكاح والطلاق يرد عليها فتكون الاطراف فيه تبعاً كما فى ملك الرقبة شراء وملك القصاص واذا ثبت انه تبع فبذكر الاصل يصير التبع مذكوراً فاما بذكر التبع لايصير الاصل مذكورا واذا كان تبعا لايكون محلا لاضافة التصرف اليه مقصوداً والسراية انما تتحقق بعد صحة الاضافة الى محله وقد ذكرنا فى الوجه والرأس ان الوقوع ليس بطريق السراية بل باعتبار ان ماذكر عبارة عن جميع البدن حتى لو كان عرفا ظاهرالقوم انهم يذكرون اليد عبارة عن جميع البدن نقول يقع الطلاق فى حقهم ولا يمكن تصحيح الكلام هنا بطريق الاضمار وهو أن يقدم الايقاع على البدن لتصحيح كلامه لانه لو كان هذا كلاما مستقيما لصح اضافة النكاح الى اليد بهذا الطريق وهذا لان المقتضى تبع للمقتضي وجعل الاصل تبعاً للاصبع متعذر فلهذا لايصح بطريق الاقتضاء وهذا بخلاف مالو أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث والربع لان الجزء الشائع ليس بتبع وهومحل لاضافة سائر التصرفات اليه فاذا صحت الاضافة الي محلها ثبت الحكم فى الكل بطريق السراية أو بطريق انها لاتحتمل التجزى في حكم الطلاق وذكر جزءما لايتجزى كذكر الكل ولهذا صحت اضافة النكاح الى جزء شائع عندنا وهذا بخلاف مالو قال أنت طالق شهرا لان الاضافة صحت الى محلها والطلاق بعد الوقوع لايحتمل الرفع فلا ينعدم بذكر التوقيت فيما وراء المدة بخلاف النكاح فانه يحتمل الرفع فبالتوقيت ينعدم فيما وراء الوقت ولا يمكن تصحيحه موقتاً . وقع في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع وهذا تصحيف انما هو بعضك طالق أو نصفك طالق فأما البضع لايعبر به عن جميع البدن ولم يذكر مالو قال ظهرك طالق أو بطنك طالق وقد قال بعض مشايخنا انه يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معني الاصل اذ لايتصور النكاح بدونهما والاصح انه لايقع على ماذكرنا

هذا في باب الظهار انه اذا قال ظهرك أو بطنك علىّ كظهر أمي لايكون مظاهراً لان الظهر والبطن لايعبر بهما عن جميع البدن ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته ولا جنبية احدا كما طالق فان قال عنيت امرأتي وقع الطلاق عليها والا لم يقع لان اللفظ المذكور يصلح عبارة عن امرأته وعن المرأة الاخرى فكان هذا كناية من حيث المحل وكما أن ألفاظ الكناية لا تعمل الا بالنية فكذلك الكناية من حيث المحل لا يتعين فيه امرأته الا بالنية ويحلف بالله ماعني امرأته كما بينا في الكنايات ﴿قال﴾ ولو قال لاربع نسوة بينكن تطليقة تطلق كل واحدة واحدة لانه أوقع على كل واحدة منهن ربع تطليقة وربع التطليقة كمالها فان التطليقة الواحدة لا تجزأ وقوعها ولو قال بينكن تطليقتان فكذلك الجواب لان كل واحدة منهن يصيبها نصف تطليقة الا أن يقول عنيت أن كل تطليقة بينهن فحينئذ يقع على كل واحدة منهن تطليقتان لأنه صار موقعا على كل واحدة ربع تطليقة وربع تطليقة أخرى ولكن مالم ينو لا يحمل على هذا لان الجنس واحد والقسمة في الجنس الواحد بين الاشخاص تكون جملة واحدة ولكن اذا عنى قسمة كل تطليقة فقد شدد الامر على نفسه واللفظ محتمل لذلك وكذلك لو قال بينكن ثلاث تطليقات أو أربع تطليقات تطلق كل واحدة منهن واحدة الا ان يقول عنيت ان كل تطليقة بينهن فحينئذ تطلق كل واحدة ثلاثا ولو قال بينكن خمس تطليقات تطلق كل واحدة منهن ثنتين لان كل واحدة منهن يصيبها تطليقة وربع وكذلك ان قال ست أو سبع أو ثمان وان قال بينكن تسع تطليقات تطلق كل واحدة ثلاثا لان كل واحدة منهن يصيبها بالقسمة تطليقتان وربع تطليقة وكذلك لو قال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ الاشراك ولفظ البين سواء بخلاف مالو طلق امرأتين له ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه صار مشركا لها في كل تطليقة ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا الا واحدة فهى طالق ثنتين لان الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما معناه تسعمائة وخمسين عاما وما وراء المستثنى هنا ثنتان ولو قال أنت طالق ثلاثا الا ثنتين فهى واحدة الا على قول الفراء رحمه الله تعالى فانه يقول استثناء الاكثر لا يصح لانه لم تتكلم به العرب ولكنا نقول طريق الاستثناء ماقلنا وهو أن يكون عبارة عما وراء المستثنى فشرط صحته أن يبقى وراء المستثنى شئ حتى يجعل كلامه عبارة عنه وفي هذا لا فرق بين الاقل والاكثر وعلى قول بعض أهل النحو

وبه فارق النكاح فانه غير مبني على السراية ولهذا لا تصح اضافته عندي الى جزء شائع وهذا لان الحل والحرمة اذا اجتمعا في المحل يترجح جانب الحرمة في الابتداء والانتهاء والدليل عليه أنه لو قال لها أنت طالق شهراً يقع مؤبداً ولو قال تزوجتك شهراً لم يصح النكاح فيجعل ذكر جزء منها كذكر جزء من الزمان في الفصلين وحجتنا في ذلك ان الاصبع ليس بمحل لاضافة النكاح اليه فكذلك الطلاق لمعني وهو انه تبع في حكم النكاح والطلاق ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها أصبع ويبقى بعد فوات الاصبع وهذا لان النكاح والطلاق يرد عليها فتكون الاطراف فيه تبعاً كما في ملك الرقبة شراء وملك القصاص واذا ثبت انه تبع فبذكر الاصل يصير التبع مذكوراً فاما بذكر التبع لا يصير الاصل مذكورا واذا كان تبعا لا يكون محلا لاضافة التصرف اليه مقصوداً والسراية انما تحقق بعد صحة الاضافة الى محله وقد ذكرنا في الوجه والرأس ان الوقوع ليس بطريق السراية بل باعتبار ان ماذكر عبارة عن جميع البدن حتى لو كان عرفا ظاهر القوم انهم يذكرون اليد عبارة عن جميع البدن نقول يقع الطلاق في حقهم ولا يمكن تصحيح الكلام هنا بطريق الاضمار وهو أن يقدم الايقاع على البدن لتصحيح كلامه لانه لو كان هذا كلاما مستقيما لصح اضافة النكاح الى اليد بهذا الطريق وهذا لان المقتضى تبع للمقتضى وجعل الاصل تبعاً للاصبع متعذر فلهذا لا يصح بطريق الاقتضاء وهذا بخلاف مالو أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث والربع لان الجزء الشائع ليس بتبع وهو محل لاضافة سائر التصرفات اليه فاذا صحت الاضافة الى محلها ثبت الحكم في الكل بطريق السراية أو بطريق انها لا تحتمل التجزى في حكم الطلاق وذكر جزء ما لا يتجزى كذكر الكل ولهذا صحت اضافة النكاح الى جزء شائع عندنا وهذا بخلاف مالو قال أنت طالق شهرا لان الاضافة صحت الى محلها والطلاق بعد الوقوع لا يحتمل الرفع فلا ينعدم بذكر التوقيت فيما وراء المدة بخلاف النكاح فانه يحتمل الرفع فبالتوقيت ينعدم فيما وراء الوقت ولا يمكن تصحيحه موقتاً . ووقع في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع وهذا تصحيف انما هو بعضك طالق أو نصفك طالق فأما البضع لا يعبر به عن جميع البدن ولم يذكر مالو قال ظهرك طالق أو بطنك طالق وقد قال بعض مشايخنا انه يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معني الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما والاصح انه لا يقع على ماذكرنا

هذا في باب الظهار انه اذا قال ظهرك أو بطنك على كظهر أمي لا يكون مظاهراً لان الظهر والبطن لا يعبر بهما عن جميع البدن ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته ولا جنبية احدا كما طالق فان قال عنيت امرأتي وقع الطلاق عليها والا لم يقع لان اللفظ المذكور يصلح عبارة عن امرأته وعن المرأة الاخري فكان هذا كناية من حيث المحل وكما أن ألفاظ الكناية لا تعمل الا بالنية فكذلك الكناية من حيث المحل لا يتعين فيه امرأته الا بالنية ويحلف بالله ماعني امرأته كما بينا في الكنايات ﴿قال﴾ ولو قال لاربع نسوة بينكن تطليقة تطلق كل واحدة واحدة لانه أوقع على كل واحدة منهن ربع تطليقة وربع التطليقة كالها فان التطليقة الواحدة لا تجزأ وقوعها ولو قال بينكن تطليقتان فكذلك الجواب لان كل واحدة منهن يصيبها نصف تطليقة الا أن يقول عنيت أن كل تطليقة بينهن فحينئذ يقع على كل واحدة منهن تطليقتان لأنه صار موقعا على كل واحدة ربع تطليقة وربع تطليقة أخرى ولكن مالم ينو لا يحمل على هذا لان الجنس واحد والقسمة في الجنس الواحد بين الاشخاص تكون جملة واحدة ولكن اذا عنى قسمة كل تطليقة فقد شدد الامر على نفسه واللفظ محتمل لذلك وكذلك لو قال بينكن ثلاث تطليقات أو أربع تطليقات تطلق كل واحدة منهن واحدة الا ان يقول عنيت ان كل تطليقة بينهن فحينئذ تطلق كل واحدة ثلاثا ولو قال بينكن خمس تطليقات تطلق كل واحدة منهن ثنتين لان كل واحدة منهن يصيبها تطليقة وربع وكذلك ان قال ست أو سبع أو ثمان وان قال بينكن تسع تطليقات تطلق كل واحدة ثلاثا لان كل واحدة منهن يصيبها بالقسمة تطليقتان وربع تطليقة وكذلك لو قال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ الاشراك ولفظ البين سواء بخلاف مالو طلق امرأتين له ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه صار مشركا لها في كل تطليقة ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا الا واحدة فهي طالق ثنتين لان الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما معناه تسعمائة وخمسين عاما وما وراء المستثنى هنا ثنتان ولو قال أنت طالق ثلاثا الا ثنتين فهي واحدة الا على قول الفراء رحمه الله تعالى فانه يقول استثناء الاكثر لا يصح لانه لم تتكلم به العرب ولكنا نقول طريق الاستثناء ماقلنا وهو أن يكون عبارة عما وراء المستثنى فشرط صحته أن يبقى وراء المستثنى شئ حتي يجعل كلامه عبارة عنه وفي هذا لا فرق بين الاقل والاكثر وعلى قول بعض أهل النحو

رحمهم الله تعالي الاستثناء يخرج من الكلام ما لولاه لكان الكلام متناولا له فيكون بمنزلة دليل الخصوص في العموم وفي ذلك لا فرق بين الاقل والاكثر وبأن لم تتكلم به العرب لا يمتنع صحته اذا كان موافقا لمذهبهم كاستثناء الكسور ولم يذكر في الكتاب ما اذا قال أنت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة كم يقع وقيل على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تطلق اثنتين لان التطليقة كما لا تتجزأ في الايقاع لا تتجزأ في الاستثناء فكأنه قال الا واحدة وعند محمد رحمه الله تعالى تطلق ثلاثا لان في الايقاع انما لا يتجزأ لمعنى في الموقع وذلك لا يوجد في الاستثناء فيتجزأ فيه واذا كان المستثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فيكون ثلاثا ﴿قال﴾ واذا قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا تطلق ثلاثا لانه استثني جميع ما تكلم به وهذا الاستثناء باطل فانه ان جعل عبارة عما وراء المستثنى لا يبقى بعد استثناء الكل شئ ليكون كلامه عبارة عنه وان جعل بمنزلة دليل الخصوص فذلك لا يتم الكل لانه حينئذ يكون نسخا لا تخصيصا وظن بعض أصحابنا ومشايخنا رحمهم الله تعالى أن استثناء الكل رجوع والرجوع عن الكل باطل وهذا وهم فقد بطل استثناء الكل في الوصية أيضا وهو يحتمل الرجوع فدل ان الطريق ماقلنا ﴿قال﴾ وان قال لها وقد دخل بها أنت طالق أنت طالق الا واحدة تطلق ثلاثا من قبل انه فرق الكلام فيكون هو مستثنيا جميع ماتكلم به في آخر كلامه وهو باطل وكذلك لو ذكره مع حرف العطف ولو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تطلق ثلاثا لانه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنيا للكل فكأنه قال الا ثلاثا وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقد روى عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه لو قال الا واحدة وواحدة صار مستثنيا للاثنتين فكان صحيحا فانما بطل استثناء الثالثة فقط ﴿قال﴾ ولو قال أنت طالق تطليقة الا نصفها فهي طالق واحدة لان مابقي منها تطليقة تامة وهو اشارة الى مذهب محمد رحمه الله تعالى في ان التطليقة تتجزى في الاستثناء وعلى قول من يقول لا تتجزى هذا استثناء لجميع ماتكلم به وهذا لا يصح وذكر في النوادر اذا قال أنت طالق ثنتين وثنتين الا ثنتين ان الاستثناء صحيح عندنا وتطلق ثنتين وعند زفر رحمه الله تعالى تطلق ثلاثا لانه استثنى أحد الكلامين وهو باطل ولكنا نقول لتصحيح هذا الاستثناء وجه وهو ان يجعل

مستثنيا من كل كلام تطليقة وكلام العاقل يجب تصحيحه ما أمكن وفى نوادر هشام لوقال ثنتين وثنتين الا ثلاثا تطلق ثلاثا عند محمد رحمه الله تعالى لانه استثنى أحد الكلامين وبعض الآخر وذلك باطل ولا وجه لتصحيح بعض الاستثناء فيه دون البعض وفيه اشكال على أصل محمد رحمه الله تعالى لانه يمكن ان يجعل مستثنيا من كل كلام تطليقة ونصفا فالتطليقة عنده تتجزى في الاستثناء فينبغي ان يقع ثنتان بهذا الطريق ﴿ قال ﴾ واذا طلقها تطليقة رجعية فطلاقه يقع عليها مادامت في العدة وكذلك الظهار والايلاء وان قذفها لاعنها وان مات أحدهما توارثا لبقاء ملك النكاح بعد الطلاق الرجعى وان كان الطلاق بائنا لم يقع عليها ظهار ولا ايلاء لان الظهار منكر من القول وزور لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا تشبيه المحرمة بالمحللة والمولى مضار متعنت من حيث أنه يمنع حقها فى الجماع وبعد البينونة لاحق لها فى الجماع وكذلك لو قذفها لم يلاعنها وكان عليه الحد لان اللعان مشروع لقطع النكاح وقد انقطع النكاح بالبينونة ﴿ قال ﴾ رجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لم تطلق عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تطلق ثلاثا لان التعليق فى الملك قد صح والشرط وجد فى الملك فينزل الجزاء كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار وهذا لان المعلق بالشرط ليس بطلاق على ما نبينه ان شاء الله تعالى والذى أوقعه طلاق فكان غير المعلق بالشرط والمعلق بالشرط غير واصل الى المحل فلا يعتبر لبقائه متعلقا قيام المحل وانما يشترط كون المحل محلا عند وجود الشرط لانه عند ذلك يصل اليه وهو موجود والدليل عليه أنه لو قال لها ان دخلت الدار فأنت علىّ كظهر أمى ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر يكون مظاهراً منها اذا دخلت الدار ولو طلقها اثنتين فى مسئلة اليمين بالطلاق ثم عادت اليه بعد اصابة زوج آخر فدخلت الدار تطلق ثلاثا فاذا كان وقوع بعض الطلقات لايمنع بقاء التعليق فى الثلاث فكذلك في وقوع الكل وحجتنا ماعلل به فى الكتاب فقال من قبل انه لما طلقها ثلاثا فقد ذهب تطليقات ذلك الملك كله ومعنى هذا ان انعقاد هذه اليمين باعتبار التطليقات المملوكة فان اليمين بالطلاق لاينعقد الا فى الملك أو مضافا الى الملك ولم توجد الاضافة هنا فكان انعقادها باعتبار التطليقات المملوكة وهى محصورة بالثلاث وقد أوقع ذلك كله والكل من كل شئ لايتصور تعدده فعرفنا أنه لم يبق شئ من الجزاء المعلق

بالشرط طلاقا كان أو غيره وكما لا ينعقد اليمين بدون الجزاء لا يبقى بدون الجزاء ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق كل يوم ثلاثا فوقع عليها ثلاث تطليقات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يقع شيء وكذلك لو قال لها أنت طالق تسعاً كل سنة ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج لم يقع في السنة الثانية شيء ولكن زفر رحمه الله تعالى يخالف في جميع هذا ويقول مايملك على امرأته من التطليقات غير محصور بعدد وانما لا يقع الا الثلاث لان المحل لا يسع الا ذلك حتى ان باعتبار تجدد العقد يقع عليها أكثر من ثلاث ولو قال لها أنت طالق ألفا يقع عليها ثلاث ولو كان المملوك هو الثلاث لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء والمعتمد أن نقول بوقوع الثلاث عليها خرجت من ان تكون محلا للطلاق لان الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطليقات الثلاث وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار ثم جعل الدار حماما أو بستانا لا يبقى اليمين فهذا مثله بخلاف مابعد بيع العبد لانه بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فات العتق لم يبق اليمين وبخلاف مالو طلقها اثنتين لان المحل باق بعد الثنتين فان المحلية باعتبار صفة الحل وهي قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين ثم قد استفاد من جنس ما كان انعقدت عليه اليمين فيسري اليه حكم اليمين كما لو هلك مال المضاربة الا درهما منه يبقى عقد المضاربة على الكل حتى لو تصرف وربح يحصل جميع رأس المال بخلاف مالو هلك الكل وهذا بخلاف اليمين في الظهار فان المحلية هناك لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك حرمة الى وجود التكفير وهذه حرمة الى وجود مايرفعها وهو الزوج الا أنها لو دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث انما لا يصير مظاهراً لانه لا حل بينهما في الحال والظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وذلك لا يوجد الا اذا دخلت الدار بعد التزوج بها وما قال ان المحل لا يعتبر في المعلق بالشرط ضعيف لانه ايجاب وان لم يكن واصلا الى المحل ولا يكون كلامه ايجابا الا باعتبار المحل فلا بد لبقائه معلقا بالشرط من بقاء المحل ولم يبق بعد التطليقات الثلاث وعلى هذا لو قال أنت طالق كلما حضت فبانت بثلاث ثم عادت اليه بعد زوج آخر لم يقع عليها ان حاضت شيء الا على قول زفر رحمه الله تعالى وكذلك ان آلى منها فبانت بالايلاء ثم تزوجها فبانت أيضاً حتى بانت بثلاث ثم تزوجها بعد زوج لم يقع عليها بهذا الايلاء طلاق

الا على قول زفر رحمه الله تعالى ولكن ان قربها كفرعن يمينه لان اليمين باقية فان انعقادها وبقاءها لا يختص بمحل الحل فاذا قربها تحقق حنثه فى اليمين فتلزمه الكفارة ﴿قال﴾ وان طلق امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وهو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم وأصحاب عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم وعند محمد وزفر والشافعى رحمهم الله تعالى هي عنده بما بقى من طلاقها وهو قول عمر وعلي وأبى بن كعب وعمران ابن الحصين وأبى هريرة رضى الله عنهم فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة رضوان الله عليهم والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم وحجة محمد رحمه الله تعالى في ذلك أن الزوج الثانى غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث قال الله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وكلمة حتى للغاية حقيقة وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شئ من تلك الحرمة لانها متعلقة بوقوع الثلاث وببعض أركان العلة لا يثبت شئ من الحكم فلا يكون الزوج الثانى غاية لان غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق كما لو قال اذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانا حتى استشير فلانا ثم استشاره قبل مجىء رأس الشهر لا يعتبر هذا لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين واذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثانى كانت عنده بما بقى من التطليقات فكذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا إصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالاجنبية فى الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلاث وبيان هذا ان بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثانى يرتفع الوصفان جميعاً وتلتحق بالاجنبية التى لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بانها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثانى ثم الدليل على أن الزوج الثانى رافع للحرمة لا منه ان المنهى يكون متقرراً فى نفسه ولا حرمة بعد اصابة الزوج الثانى فدل انه رافع للحرمة ولانه موجب للحل فان صاحب الشرع سماه محللا فقال صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وانما كان محللا لكونه موجبا للحل ومن ضرورته انه يكون رافعا للحرمة وبهذا تبين ان جعله غاية مجاز وهو نظير قوله تعالى ولا جنباً الا عابرى سبيل حتى تغتسلوا والاغتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجنابة والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا الى غاية

ولكن ترتفع بوجود مايرفعها كحكم زوال الملك لاتثبت مؤقتا ولكن يرتفع بوجود مايرفعه وهو النكاح واذا ثبت ان الزوج الثاني موجب للحل فانما يوجب حلالا يرتفع الا بثلاث تطليقات وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به ولما كان رافعا للحرمة اذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى ولأن يمنع ثبوتها اذا اقترن بأركانها أولى ومحمد رحمه الله تعالى يقول ثبوت الحرمة بسبب ايقاع الطلاق وذلك لا يرتفع بالزوج الثاني حتى لاتعود منكوحة له وبقاء الحكم ببقاء سببه فعرفنا أنه ليس برافع للحرمة ولاهو موجب للحل لان تأثير النكاح الثاني في حرمتها على غيره فكيف يكون موجبا للحل لغيره وسماه محللا لانه شرط للحل لالانه موجب للحل ألا ترى أنه سماه ملعونا باشتراط مالا يحل له شرعا فعرفنا أنه غير موجب للحل ولكن الحرمة تحتمل التوقيت كحرمة المعتدة وحرمة الاصطياد على المحرم فجعلنا الزوج الثاني غاية للحرمة عملا بحقيقة كلمة حتى المذكورة في الكتاب والسنة حيث قال صلى الله عليه وسلم حتى تذوق من عسيله ومسئلة يختلف فيها كبار الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين لنور فقهها يصعب الخروج منها ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة أو اثنين وعادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى تطلق بالدخول ثلاثا لانها عادت اليه بثلاث تطليقات وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يقع عليها مابقي لان عندهما انما عادت اليه بما بقي من الطلقات ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأة كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثا فهو كما قال يقع عليها ثلاث كما تزوج بها لان كلمة كلما تقتضي نزول الجزاء بتكرار الشرط وانعقاد هذه اليمين باعتبار التطليقات التي يملكها عليها بالتزوج وتلك غير محصورة بعدد فلهذا بقيت اليمين بعد وقوع ثلاث تطليقات بخلاف قوله لامرأته كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فان انعقاد تلك اليمين باعتبار التطليقات المملوكة عليها لانه لم توجد الاضافة الى الملك فلا تبقي اليمين بعد وقوع التطليقات المملوكة عليها وهذه المسئلة تنبني على أصلنا ان مايحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز اضافته الى الملك عم أوخص وهو قول عمر رضي الله عنه روى عنه ذلك في الظهار وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايصح ذلك وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه سئل عمن يقول لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق فتلي عليه قوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم

طلقتموهن

طلقتموهن وقال شرع الله تعالى الطلاق بعد النكاح فلاطلاق قبله وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى ان خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين وان عم فقال كل امرأة لاتنعقد وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه لمافيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه فالشافعي رحمه الله تعالى استدل بقوله صلى الله عليه وسلم لاطلاق قبل النكاح وروى ان عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما خطب امرأة فأبي أولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه لاطلاق قبل النكاح والمعنى فيه انه غير مالك لتنجيز الطلاق فلا يملك تعليقه بالشرط كما لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها فدخلت لم تطلق وهذا لان تأثير الشرط فى تأخير الوقوع الى وجوده ومنع مالولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغواً لاطلاقا ولان الطلاق يستدعى أهلية فى الموقع وملكا فى المحل ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبي يقول لامرأته اذا بلغت فأنت طالق فكذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك فايجابه قبل الملك يكون لغواً كما لو باع الطير في الهواء ثم أخذه قبل قبول المشترى وحجتنا فى ذلك أن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله تعالى وهذا لان اليمين تصرف من الحالف فى ذمة نفسه لانه يوجب على نفسه البر والمحلوف به ليس بطلاق لانه لا يكون طلاقا الا بالوصول الى المرأة وما دامت يميناً لايكون واصلا اليها وانما الوصول بعد ارتفاع اليمين بوجود الشرط فعرفنا أن المحلوف به ليس بطلاق وقيام الملك في المحل لأجل الطلاق ولكن المحلوف به ماسيصير طلاقا عند وجود الشرط بوصوله اليها ونظيره من المسائل الرمى عينه ليس بقتل والترس لا يكون مانعا عما هو قتل ولا مؤخرا له بل يكون مانعاً عما سيصير قتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعاً من الوصول الى المحل والتصرف لا يكون الا بركنه ومحله فكما أنه بدون ركنه لا يكون طلاقا فكذلك بدون محله لا يكون طلاقا وبه فارق ما لو قال لأجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق فان المحلوف به هناك غير موجود وهو ما يصير طلاقا عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولا هو مالك لطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط أما هنا نتيقن بوجود المحلوف به موجوداً بطريق الظاهر بأن قال لامرأته

ان دخلت الدار فأنت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجائز أن يكون دخولها بعد زوال الملك فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط أولى أن ينعقد اليمين وبأن كان لا يملك التنجيز لا يدل على أنه لا يملك التعليق كمن يقول لجاريته اذا ولدت ولدا فهو حر صح وان كان لايملك تنجيز العتق فى الولد المعدوم واذاقال لامرأته الحائض اذا طهرت فأنت طالق كان هذا طلاقا للسنة وان كان لايملك تنجيزه فى الحال وهذا بخلاف التصرف لانه لابد منه في تصرف اليمين كما لابد منه فى تصرف الطلاق فاما الملك في المحل معتبر بالطلاق دون اليمين وهذا بخلاف البيع فان الايجاب أحد شطرى البيع وتصرف البيع قبل الملك لغو فاما الايجاب هنا تصرف آخر سوى الطلاق وهى اليمين وتأويل الحديث ماروى عن مكحول والزهرى وسالم والشعبى رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا كانوا يطلقون في الجاهلية قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله لاطلاق قبل النكاح وحديث عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنه غير مشهور وان ثبت فمعني قوله ان نكحتها أي وطئتها لان النكاح حقيقة للوطء وبهذا لايحصل اضافة الطلاق الى الملك عندنا اذاعرفنا هذا فنقول اذا قال لامرأته اذا تزوجتك أواذا ماتزوجتك أو ان تزوجتك أو متى ماتزوجتك فهذا كله للمرة الواحدة لانه ليس فى لفظه مايدل على التكرار فان كلمة ان للشرط واذا ومتى للوقت بخلاف مالو قال كلما تزوجتك لأن كلمة كلما تقتضى التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزوج مرة ولكن كلما تزوجها يصير عند التزوج كالمنجز للطلاق وكذلك لو قال كلما دخلت الدار فهذا على كل مرة حتي تطلق ثلاثا بخلاف ان واذا ومتى فان ذلك على المرة الواحدة ﴿قال﴾ ولو قال لامرأة لايملكها أنت طالق يوم أكلمك أو يوم تدخلين الدار أويوم أطؤك فهذا باطل بخلاف مالوقال يوم أتزوجك فانه بهذا اللفظ يصير مضيفا الطلاق الى التزوج وهو سبب لملك الطلاق فيصير المحلوف به موجوداً بخلاف ماسبق فان دخول الدارليس بسبب لملك الطلاق فان تزوج بها ثم فعل ذلك لم يقع عليها شئ عندنا وقال ابن أبي ليلى يقع لان المعتبر لوقوع الطلاق وقت وجود الشرط فان طلقها حينئذ يصل الى المحل والملك موجود عند وجود الشرط فيقع الطلاق ولكنا نقول هذا بعد انعقاد اليمين ولا ينعقد اليمين بدون المحلوف به فاذا لم يكن هو مالكا للطلاق فى الحال ولا فى الوقت المضاف اليه لاينعقد اليمين فبدون ذلك وان صار مالكا للطلاق فى الوقت المضاف

اليه لايقع شئ لان اليمين ما كانت منعقدة وكذلك لو قال لها أنت طالق غداً ثم تزوجها اليوم لم يقع عليها شئ اذا جاء غد واذا قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق أنت طالق وقال عنيت الاولى صدق فيما بينه وبين الله تعالى وأما فى القضاء فهما تطليقتان لان كل واحد من الكلامين ايقاع من حيث الظاهر فان صيغة الكلام الثانى كصيغة الكلام الاول والقاضي مأمور باتباع الظاهر وما قاله من قصد تكرار الكلام الأول محتمل لان الكلام الواحد يكرر للتأكيد والله تعالى مطلع على ضميره وكذلك قوله قد طلقتك قد طلقتك أو أنت طالق قد طلقتك أو أنت طالق أنت طالق أو طالق وأنت طالق فأما اذا قال لها أنت طالق فقال له انسان ماذا قلت فقال قد طلقتها أو قال قلت هي طالق فهي طالق واحدة لأن كلامه الثانى جواب لسؤال السائل والسائل انما يسأله عن الكلام الاول لاعن ايقاع آخر فيكون جوابه بياناً لذلك الكلام ﴿قال﴾ واذا قال لها اذا طلقتك فأنت طالق ثم طلقها واحدة وقد دخل بها فهي طالق اثنتين فى القضاء احداهما بالايقاع والأخرى بوجود الشرط لان قوله اذا طلقتك شرط وقوله فأنت طالق جزاء له وأما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان نوى بقوله اذا طلقتك فأنت طالق تلك التطليقة فهى واحدة لان مانواه محتمل على ان يكون قوله فأنت طالق بياناً لحكم الايقاع لاجزاء لشرطه والله تعالى مطلع على ضميره وكذلك اذا قال متى ما طلقتك أو ان طلقتك فأنت طالق ولو قال كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم طلقها واحدة تطلق ثلاثا لان بوقوع الواحدة يوجد الشرط فوقع عليها تطليقة اليمين ثم بوقوع هذه التطليقة وجد الشرط مرة أخرى واليمين معقودة بكلمة كلما فتقع عليها الثالثة وهذا بخلاف مالو قال كلما طلقتك فأنت طالق ثم طلقها واحدة تقع عليها أخرى فقط لان وقوع الثانية عليها ليس بايقاع مستقبل منه بعد يمينه فلا يصلح شرطا للحنث فلهذا لا يقع عليها الا واحدة فاما في الاول الشرط الوقوع لا الايقاع والوقوع يحصل بالثانية بعد اليمين وعلى هذا لو قال كلما قلت أنت طالق فأنت طالق أو كلما تكلمت بطلاق يقع عليك فأنت طالق وطلقها واحدة فهي طالق أخرى باليمين ولا يقع بالثانية طلاق لما بينا ان ماجعله شرطاً لايصير موجوداً بعد اليمين بما وقع باليمين والاصل فيما نذكره بعد هذا ان اليمين انما يعرف بالجزاء حتى لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق كان يميناً بالطلاق ولو قال فعبدى حر كان يمينا بالعتق والشرط واحد وهو دخول الدار ثم اختلفت اليمين باختلاف الجزاء وأصل

آخران الشرط يعتبر وجوده بعد اليمين وأما ماسبق اليمين لايكون شرطا لانه يقصد باليمين منع نفسه عن ايجاد الشرط وانما يمكنه أن يمنع نفسه عن شيء في المستقبل لافيا مضى فعرفنا ان الماضي لم يكن مقصودا له واليمين يتقيد بمقصود الحالف اذا عرفنا هذا فنقول رجل له امرأتان عمرة وزينب فقال لزينب أنت طالق اذا طلقت عمرة أوكلما طلقت عمرة ثم قال لعمرة أنت طالق اذا طلقت زينب ثم قال لزينب أنت طالق فانه يقع على زينب بالايقاع تطليقة ويقع على عمرة أيضا تطليقة لان كلامه الاول كان يمينا بطلاق زينب وكلامه الثاني كان يمينا بطلاق عمرة فان الجزاء فيه طلاق عمرة والشرط طلاق زينب وقد وجد الشرط بايقاعه على زينب فلهذا يقع على عمرة تطليقة باليمين ويعود الى زينب لان عمرة طلقت بيمين بعد يمينه بطلاق زينب فيكون وقوع الطلاق عليها شرطا للحنث في اليمين بطلاق زينب فلهذا يقع عليها تطليقة أخرى هكذا في نسخ أبي سليمان رضي الله تعالى عنه وهو الصحيح وفي نسخ أبي حفص رضي الله تعالى عنه قال ولايعود على زينب وهو غلط ثم قال ولو لم يطلق زينب ولكنه طلق عمرة وقعت عليها تطليقة بالايقاع وعلى زينب تطليقة باليمين ثم وقعت أخرى على عمرة باليمين هكذا ذكر في نسخ أبي حفص رضي الله تعالى عنه وهو غلط والصحيح ماذكره في نسخ أبي سليمان رضي الله تعالى عنه انه لايقع على عمرة باليمين لان زينب انما طلقت باليمين السابقة على اليمين بطلاق عمرة فلا يكون ذلك شرطا للحنث في اليمين بطلاق عمرة قال ألا ترى أنه لو قال لزينب اذا طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت عمرة الدار تطلق بالدخول وتطلق زينب أيضاً لان عمرة انما طلقت بكلام بعد اليمين بطلاق زينب ولو كان قال لعمرة أولا ان دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لزينب ان طلقت عمرة فأنت طالق ثم دخلت عمرة الدار طلقت ولم يقع الطلاق على زينب لان عمرة انما طلقت بيمين قبل اليمين بطلاق زينب فلا يصلح أن يكون ذلك شرطا للحنث في اليمين بطلاق زينب وبهذا الاستشهاد يتبين أن الصواب ما ذكره في نسخ أبي سليمان وان جوابه في نسخ أبي حفص وقع على القلب ﴿قال﴾ واذا حلف بطلاق عمرة لا يحلف بطلاق زينب ثم حلف بطلاق زينب لا يحلف بطلاق عمرة كانت عمرة طالقا لانه بالكلام الاول حلف بطلاق عمرة وشرط حنثه الحلف بطلاق زينب وبالكلام الثاني صار حالفا بطلاق زينب لان الجزاء فيه طلاق زينب فوجد فيه شرط

الحنث في اليمين الاولى ألا ترى أنه لو قال لزينب بعد الكلام الاول ان دخلت الدارفأنت طالق كانت عمرة طالقا لانه قد حلف بطلاق زينب فان الشرط والجزاء يمين عند أهل الفقه وقد وجد فصار به حانثا في اليمين الاولى ﴿قال﴾ ولو قال لزينب أنت طالق ان شئت لم تطلق عمرة لان هذا ليس بيمين بل هو تفويض المشيئة اليها بمنزلة قوله اختاري أو أمرك بيدك وذلك لا يكون حلفا بالطلاق ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير نساءه مع نهيه عن الحلف بالطلاق والدليل على أنه بمنزلة التخيير انه يبطل بقيامها عن المجلس قبل المشيئة والشرط المطلق لا يتوقت بالمجلس وحقيقة المعنى فيه أن الشرط منني فان الحالف يقصد منع الشرط بيمينه وفي قوله أنت طالق ان شئت لا يقصد منعها عن المشيئة فعرفنا أنه ليس بيمين وكذلك لو قال لزينب أنت طالق اذا حضت حيضة فهذا ليس بيمين عندنا ولا يحنث به في اليمين بطلاق عمرة لأن هذا تفسير لطلاق السنة فان بهذا اللفظ لا يقع الطلاق عليها مالم تطهر لان الحيضة اسم للحيضة الكاملة وطلاق السنة يتأخر الى حالة الطهر فكانه قال لها أنت طالق للسنة وعن زفر رحمه الله تعالى أن هذا يمين لوجود الشرط والجزاء وليس بتفسير لطلاق السنة ألا ترى أنه لو جامعها في هذه الحيضة ثم طهرت طلقت ولو قال لها أنت طالق للسنة ثم جامعها في الحيض فطهرت لم تطلق وكذلك لو قال لها اذا حضت حيضتين أو اذا حضت ثلاث حيض لم يكن شئ من ذلك حلفاً بطلاقها بخلاف مالو قال لها اذا حضت فهذا حلف بطلاقها حتى تطلق عمرة لان بهذا اللفظ يقع الطلاق في الحيض قبل الطهر فلايكون تفسيرا لطلاق السنة فان قيل هذا تفسير لطلاق البدعة ولوقال أنت طالق للبدعة لم يكن حالفا بطلاقها ﴿ قلنا ﴾ ليس كذلك فطلاق البدعة لايختص بالحيض وهذا الطلاق لايقع الا في حالة الحيض فعرفنا أنه شرط وجزاء ﴿ قال ﴾ واذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فكلما حاضت وطهرت طلقت واحدة حتى تستكمل الثلاث لان قوله للسنة أي لوقت السنة فان اللام للوقت قال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس وكل طهر محل لوقوع تطليقة واحدة للسنة فلهذا طلقت في كل طهر واحدة ولا يحتسب بالحيضة الأولى من عدتها لانها سبقت وقوع الطلاق عليها وان نوى ان تطلق ثلاثا في الحال فهو كما نوى عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى لاتعمل نيته لان وقوع الثلاث جملة خلاف السنة ووقوع الطلاق في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه خلاف السنة

والنية انما تعمل اذا كانت من محتملات اللفظ لانها كان من ضده ولان معنى قوله أنت طالق للسنة اذا حضت وطهرت فكانه صرح بذلك ونوى الوقوع في الحال فلا تعمل نيته ولكنا نقول المنوى من محتملات لفظه على معنى ان وقوع الثلاث جملة من مذهب أهل السنة ووقوع الطلاق فى الحيض كذلك اذ كون الطلاق ثلاثا عرف بالسنة فقد كانوا فى الجاهلية يطلقون أكثر من ذلك فعرفنا ان المنوى من محتملات لفظه وفيه تغليظ عليه فتعمل نيته ولو قال أنت طالق للسنة ولم يسم ثلاثا ولم يكن له نية فهى طالق واحدة إذا طهرت من الحيضة لما بينا ان اللام للوقت وان نوى ثلاثا فهى ثلاث كلما طهرت من حيضة طلقت واحدة لان أوقات السنة غير محصورة فهو انما نوى التعميم فى أوقات السنة حتى يقع فى كل طهر تطليقة واحدة وقد بينا ان نية التعميم صحيحة في كلامه فلهذا طلقت فى كل طهر واحدة وان كانت لاتحيض من صغر أو كبر طلقت ساعة تكلم به واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى لان الثلاث للسنة هكذا تقع عليها والشهر فى حقها كالحيض فى حق ذات القروء وان نوى ان يقعن جميعا في ذلك المجلس فهو كما نوى لما بينا ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق كما حضت حيضتين فهو كما قال اذا حاضت حيضتين طلقت لوجود الشرط ثم اذا حاضت أخراوين طلقت أخرى لوجود الشرط لان اليمين معقودة بكلمة كما ويحتسب بهاتين الحيضتين من عدتها فاذا حاضت أخرى انقضت عدتها ﴿قال﴾ وان قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق وقال لها أيضاً كما حضت فانت طالق فرأت الدم فهى طالق واحدة باليمين الثانية لان الشرط فيها وجود الحيض لا الخروج منه فاذا طهرت من الحيض فهي طالق أخرى باليمين الاولى لان الشرط فيها الحيضة الكاملة وقد وجدت بعدها ولا يحتسب بهذه الحيضة من عدتها لان وقوع الطلاق كان بعد مضى جزء منها واذا حاضت الثانية فهى طالق أخرى باليمين الثانية لانها عقدت بكلمة كما وكلمة كما توجب تكرار الشرط وقد وجد الشرط فيها مرة أخرى ﴿قال﴾ ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق وقال أيضا اذا حضت حيضتين فانت طالق فحاضت حيضة وطهرت فهى طالق واحدة باليمين الاولى لان شرط الحنث فيها حيضة واحدة وقد وجدت فاذا حاضت حيضة أخرى طلقت أخري لوجود الشرط فى اليمين الثانية وهو مضي الحيضتين بعدها فان الحيضة الاولى كمال الشرط

فى اليمين الأولى ونصف الشرط فى اليمين الثانية والشئ الواحد يصلح شرطا للحنث في أيمان كثيرة ويحتسب بالحيضة الثانية من عدتها لانها حاضتها بعد وقوع الطلاق عليها ولو كان قال لها اذاحضت حيضة فأنت طالق ثم اذا حضت حيضتين فأنت طالق فاذا حاضت حيضة واحدة طلقت واحدة ثم لاتطلق أخرى مالم تحض حيضتين سواها لانه جعل الشرط في اليمين الثانية حيضتين سوى الحيضة الاولى فان كلمة ثم للتعقيب مع التراخى وعلى هذا لو قال اذا دخلت الدار دخلة فأنت طالق ثم اذا دخلتها دخلتين فأنت طالق بخلاف مالو قال اذا دخلت فأنت طالق واذا دخلت فأنت طالق فدخلت دخلة واحدة وقعت عليها تطليقتان لان الشرط فى اليمين الدخول مطلقا وقد وجد ذلك بدخلة واحدة وفى الاول الشرط دخلتان بعد الدخلة الاولى فى اليمين الثانيـة ولو قال اذا حضت حيضة فأنت طالق واذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضتين تطلق اثنين إحداهما حين حاضت الاولى لوجود الشرط في اليمين الاولى والثانية حين حاضت الأخرى لتمام الشرط بها في اليمين الثانية ﴿قال﴾ ولو قال كلما حضت حيضة فأنت طالق فحاضت أربع حيض طلقت ثلاثا كل حيضة واحدة لتكرر الشرط في اليمين المعقودة بكلمة كلما وانقضت العـدة بالحيضة الرابعـة لان الحيضـة الاولى لاتكون محسوبة من عـدتها فانها سبقت وقوع الطلاق عليها ﴿قال﴾ واذا قال لها اذاحضت حيضة فأنت طالق فانما يقع عليها بعد ماينقطع عنها الدم وتغتسل لان الشرط مضى حيضة كاملة ولا يتيقن به الابعد الحكم بطهرها فان كانت أيامها عشرة فبنفس الانقطاع يتيقن بطهرها وان كانت أيامها دون العشرة فانما يحكم بطهرها اذا اغتسلت أوذهب وقت صلاة بعد انقطاع الدم فلهذا توقف الوقوع عليه ولو قال اذا حضت حيضة فأنت طالق فقالت قدحضت حيضة لم تصـدق في القياس اذا كذبها الزوج لانها تدعى وجود شرط الطلاق ومجرد قولها في ذلك ليس بحجة فى حق الزوج كما لو كان الشرط دخولها الدار وهذا لان دعواها شرط الطلاق كدعواها نفس الطلاق وفى الاستحسان القول قولها لان حيضها لا يعلمه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه كما لو قال لها ان كنت تحبينى أوتبغضينى وجب قبول قولها فى ذلك ما دامت فى المجلس وكذلك لو قال لهـا ان شئت الا أن هناك تقدر على الاختيار فى المجلس فبالتأخير عنه تصير مفرطة وهنا لاتقدر على الاخبار بالحيض ما لم تر الدم فوجب قبول قولهـا متى أخـبرت به ﴿قال﴾ ويدخل فى هـذا الاستحسان بعض

القياس معناه أن الزوج لما علق وقوع الطلاق بالحيض صار ذلك من أحكام الحيض بجعله وقولها حجة تامة فى أحكام الحيض كحرمة وطئها اذا أخبرت برؤية الدم وحل الوطء اذا أخبرت بانقطاع الدم وكذلك فى حكم انقضاء العدة بالحيض يقبل قولها لان الشرع سلطها على الاخبار فكذلك الزوج بتعليق الطلاق به يصير مسلطا لها على الإخبار واذا قال اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فقياس الاستحسان الاول أن يقع الطلاق على فلانة كما يقع عليها لان قولها حجة تامة فيما لا يعلمه غيرها فيكون ثبوت هذا الشرط بقولها كثبوت شرط آخر بالبينة أو بتصديق الزوج ولكنا ندع القياس فيه ونقول لا يقع على الاخرى شيء حتى يعلم أنها قد حاضت لان فى ذلك حق الضرة وهي ماسلطتها ولا رضيت بخبرها فى حق نفسها ثم قبول قولها فيما مالا يعلمه غيرها الاجل الضرورة وذلك فى حق نفسها خاصة كما في حل الوطء وانقضاء العدة والحكم يثبت بحسب الحاجة الا ترى ان الملك للمستحق اذا ثبت باقرار المشترى لم يرجع على البائع بالثمن وان شهادة امرأتين ورجل بالسرقة حجة فى حق المال دون القطع فهذا مثله ولو قال لها اذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية فان علم انها ولدت الجارية أولا طلقت اثنتين بولادتها الجارية ثم انقضت عدتها بولادة الغلام وان علم انها ولدت الغلام أولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وانقضت عدتها بولادة الجارية فان لم يعلم أيهما أولا لم يقع فى القضاء الا تطليقة واحدة لان التيقن فيها وفى الثانية شك والطلاق بالشك لا يقع وفيما بينه وبين الله تعالى ينبغى أن يأخذ بتطليقتين حتى اذا كان طلقها قبل هذا واحدة فلا ينبغى أن يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا ولأن يترك امرأة يحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه وان ولدت غلاما وجاريتين فى بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين أولا فهى طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادة الغلام وان ولدت الغلام أولا طلقت واحدة بولادة الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الأولى وقد انقضت عدتها بولادة الأخرى وان ولدت احدى الجاريتين أولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية الاولى والثالثة بولادة الغلام وانقضت عدتها بولادة الاخرى وان لم يعلم كيف كانت الولادة فنقول فى وجه هي طالق اثنتين وفى وجهين هي طالق ثلاثا في القضاء لا تطلق الاثنتين لان اليقين فيها وفي التنزه

ينبغي أن يأخذ بثلاث تطليقات احتياطا وقد انقضت عدتها بيقين بولادة الآخر منهم واذا قال لها كلما ولدت ولدا فأنت طالق أوقال اذ ولدت غلاما فانت طالق فولدت جارية فهي طالق واحدة لان الجارية ولد فيقع بها تطليقة بحكم الكلام الاول فان ولدت بعدها غلاما في ذلك البطن انقضت عدتها بولادة الغلام لأنها معتدة وضعت جميع ما في بطنها ولا يقع عليها بولادة الغلام شيء لان أوان الوقوع بعد وجود الشرط وهى ليست في عدته بعد ولادة الغلام فهو بمنزلة مالو قال لها اذا انقضت عدتك فانت طالق وان ولدت الغلام أولا وقع به تطليقتان أحدهما بالغلام الاول لان الغلام ولد والثانية بالكلام الثاني لانه غلام وكذلك لو قال لها اذا ولدت غلاما فانت طالق ثم قال اذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت غلاما طلقت اثنتين لانه ولد وغلام وكذلك لو قال اذا كلمت فلانا فأنت طالق ثم قال اذا كلمت انسانا فانت طالق فكلمت فلانا تطلق اثنتين لانه انسان وفلان وكذلك اذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ثم قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج فلانة تطلق اثنتين لانها فلانة و امرأة والشيء الواحد يصلح شرطا للحنث فى أيمان كثيرة ولو قال لامرأته كلما ولدت غلاما فأنت طالق فولدت غلاما وجارية فى بطن واحد فان علم أنها ولدت الغلام أولا وقع عليها تطليقة بولادة الغلام وانقضت عدتها بولادة الجارية وان علم أنها ولدت الجارية أولا وقعت عليها تطليقة بولادة الغلام وعليها العدة بثلاث حيض وله أن يراجعها في العدة اذا علم أن الغلام ولد آخراً واذا لم يعلم أيهما أول فعليهما الاخذ بالاحتياط فى كل حكم فيلزمها العدة بثلاث حيض لجواز أن تكون ولدت الجارية أولا وليس للزوج أن يراجعها فى هذه العدة لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا ولو مات أحدهما لم يتوارثا لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا ثم انقضت عدتها بولادة الجارية والميراث لا يثبت بالشك ﴿قال﴾ وان قال اذا ولدت ولداً فأنت طالق فأسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق طلقت لان مثل هذا السقط ولد ألا ترى أن العدة تنقضي به وتصير الجارية أم ولد له ولو لم يستبن شيء من خلقه لم يقع به طلاق لانه ليس بولد فى حكم العدة وثبوت أمية الولد فكذلك فى حكم الطلاق ﴿قال﴾ ولو قال لها اذا ولدت فأنت طالق فقالت قد ولدت وكذبها الزوج لم يقع الطلاق بقولها بخلاف الحيض لان الولادة مما يقف عليها غيرها فان قول القابلة يقبل فى الولد فلا يحكم بوقوع الطلاق مالم تشهد القابلة به والحيض لايقف عليه غيرها فان شهدت

القابلة بالولادة ثبت نسب الولد بشهادتها ولا يقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع الطلاق عليها بشهادة القابلة لان شرط وقوع الطلاق عليها ولادتها وقد صار محكوما به بشهادة القابلة بدليل ثبوت نسب الولد وشهادة القابلة في حال قيام الفراش حجة تامة في حق النسب وغيره ألا ترى أنه لو قال لجاريته ان كان بها حبل فهو مني فشهدت القابلة على ولادتها صارت هي أم ولد له وكذلك ان ولدت امرأته ولداً ثم قال الزوج هو ليس مني ولا أدرى ولدته أم لا فشهدت القابلة حكم باللعان بينهما ولو كان الزوج عبداً أو حراً محدوداً في قذف وجب عليه الحد فاذا جعلت شهادة القابلة حجة في حكم اللعان والحد فلأن تجعل حجة في حكم الطلاق أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول شرط الطلاق اذا كان لايثبت الا بالشهادة فلا بد فيه من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كسائر الشروط وهذا لأن شرط الطلاق كنفس الطلاق وتأثيره أن شهادة المرأة الواحدة ليست بحجة أصلية وانما يكتفي بها فيما لايطلع عليه الرجال لاجل الضرورة والثابت بالضرورة لايعدو مواضعها والضرورة في نفس الولادة وما هو من الاحكام المختصة بالولادة لان ثبوت الحكم بثبوت نسبه والولادة لايطلع عليها الرجال والحكم المختص بالولادة أمية الولد للام واللعان عند نفي الولد فأما وقوع الطلاق والعتاق ليس من الحكم المختص بالولادة ولا أثر للولادة فيه بل انما يقع بايقاعه عند وجود الشرط ونسب الولد من الاحكام المختصة بالولادة مع أن النسب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايثبت بشهادة القابلة وانما يثبت بعين الولد فأن ثبوت النسب بالفراش القائم وبأن يجعل شهادة القابلة حجة في ثبوت النسب فذلك لايدل على أنها تكون حجة في وقوع الطلاق كما بينا في قوله اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك ولو كان الزوج أقر بأنها حبلى ثم قال لها اذا ولدت فأنت طالق فقالت قد ولدت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقع الطلاق بمجرد قولها وعندهما لايقع الا أن تشهد القابلة لأن شرط الطلاق ولادتها وذلك ما يقف عليه غيرها فلا يقبل فيه مجرد قولها كما في الفصل الاول ألا ترى أن نسب الولادة لايثبت الا بشهادة القابلة وان أقر الزوج بالحبل فكذلك الطلاق وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول علق الطلاق ببروز موجود في باطنها فيقع الطلاق بمجرد خبرها كما لو قال اذا حضت فأنت طالق وهذا لأن وجود الحبل بها يثبت باقرار الزوج

فلما جاءت الآن وهي فارغة وتقول قد ولدت فالظاهر يشهد لها أو يتيقن بولادتها وهذا بخلاف النسب لان بقولها يثبت مجرد الولادة وليس من ضرورته تعين هذا الولد لجواز أن تكون ولدت غير هذا من والد ميت ثم تريد حمل نسب هذا الولد عليه فلهذا لا يقبل قولها في تعيين الولد الا بشهادة الوالد فأما وقوع الطلاق يتعلق بنفس الولادة أى ولد كان من حى أو ميت وبعد اقرار الزوج بالحبل يتيقن بالولادة اذا جاءت وهى فارغة ﴿قال﴾ واذا قال الرجل لامرأته اذا ولدت ولدين فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد فى بطن واحد ثم ولدت بعد ذلك لستة أشهر ولداً آخر فقد وقعت عليها تطليقة بولادة الولدين الأولين لتمام الشرط بهما وانقضت عدتها بالولد الثالث لانها معتدة وضعت جميع ما فى بطنها فان الولد الرابع من حبل حادث بيقين لان التوأم لا يكون بينهما مدة حبل تام ولهذا لا يثبت نسب الولد الرابع من الزوج لانها علقت به بعد انقضاء عدتها ﴿قال﴾ ولو قال أول ولد تلدينه غلاما فأنت طالق فولدت غلاما وجارية فى بطن واحد لا يعلم أيهما أول لم يقع عليها شئ في الحكم لجواز أن تكون ولدت الجارية أولا ثم الغلام وفى النزهة قد وقعت عليها تطليقة لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا فوقع عليها تطليقة ثم انقضت عدتها بولادة الجارية في هذا الوجه غير أنها لا تحل للازواج حتى يوقع عليها طلاقا مستقبلا وتعتد بعدة مستقبلة لانها فى الحكم امرأته فان الطلاق بالشك لا يقع فى الحكم فلهذا يحتاج فى حلها للازواج الى ايقاع مستقبل وعدة مستقبلة ﴿قال﴾ واذا قال لها كلما ولدت ولدين فأنت طالق فولدتهما فى بطن واحد أو فى بطنين فهو سواء ويقع عليها الطلاق بالولد الآخر لان تمام الشرط به ولا فرق فى الشرط بين أن يوجدا معا أو منفرقا ولو ولدت الثانى وهي ليست فى نكاحه ولا فى عدته لم يقع عليها شئ عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقع لان المعتبر عنده أن الطلاق يقع عند وجود الشرط بالتعليق السابق وقد صح فى ملكه ألا ترى أن الصحيح اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم جن ثم دخل الدار تطلق باعتبار وقت التعليق لا وقت وجود الشرط ولكنا نقول أو ان وقوع الطلاق عليها عند وجود الشرط وعند ذلك ليست بمحل لوقوع طلاقه عليها لانها ليست فى نكاحه ولا في عدته وبدون المحل لا يثبت الحكم بخلاف جنون الزوج فانه لا يعدم المحلية انما يعدم الاهلية للايقاع والايقاع بكلام الزوج وذلك عند التعليق لا عند وجود الشرط فلهذا لا يعتبر قيام الاهلية

عند وجود الشرط ولو أبانها فولدت الاول في غير نكاحه وعدته ثم تزوجها فولدت عندنا يقع الطلاق عليها وعند زفر رحمه الله تعالى لا يقع لان ولادة الولد الاول شرط للطلاق لولادة الولد الثاني فكما لا يعتبر قيام الملك للوقوع عند ولادة الولد الثاني فكذلك عند ولادة الولد الاول وعلماؤنا رحمهم الله تعالى يقولون المحل انما يعتبر عند التعليق لصحة التعليق بوجود المحلوف به وعند تمام الشرط لنزول الجزاء فأما في حال ولادة الولد الاول ليس بحال التعليق ولا حال نزول الجزاء انما هو حال بقاء اليمين وملك المحل ليس بشرط لبقاء اليمين كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وهذا لان بوجود بعض الشرط لا ينزل شئ من الجزاء ألا ترى أنه لو قال لامرأته في رجب ولم يدخل بها اذا جاء يوم الاضحى فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها يوم عرفة فجاء يوم الاضحى طلقت وما لم يمض الشهر لا يتحقق وجود الشرط بمجئ يوم الاضحى ثم لا يعتبر قيام المحل في تلك الشهور وعلى هذا الخلاف لو قال اذا حضت حيضتين فحاضت الاولى في غير ملك والثانية في ملك وكذلك ان تزوجها قبل أن تطهر من الحيضة الثانية بساعة أو بعد ما انقطع عنها الدم قبل أن تطهر من الحيضة الثانية بساعة أو بعد ما انقطع عنها الدم قبل أن تغتسل وأيامها دون العشرة فاذا اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة طلقت لان الشرط قد تم وهي في نكاحه وكذلك لو قال ان أكلت هذا الرغيف فأنت طالق فأكلت عامة الرغيف في غير ملكه ثم تزوجها فأكلت ما بقي منه طلقت لان الشرط شرط في ملكه والحنث به يحصل وقد قال في الاصل اذا قال كلما حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت الاخيرة منهما في غير ملكه ثم تزوجها فحاضت الثانية في ملكه لم يقع عليها شئ قال الحاكم وهذا الجواب غير سديد في قوله كلما حضت وانما يصح اذا كان السؤال بقوله اذا حضت لان كلمة كلما تقتضي التكرار ﴿قال﴾ الشيخ الامام والاصح عندي ان في المسئلة روايتين في رواية هذا الكتاب لا تطلق وفي رواية الجامع تطلق وأصل الاختلاف في كيفية التكرار بكلمة كلما في هذه الرواية بتكرر انعقاد اليمين فكلما وجد الشرط مرة ارتفعت اليمين الاولى وانعقدت يمين أخرى فاذا لم يكن عند تمام الشرط في نكاحه ولا في عدته لا تنعقد اليمين الاخرى لان ملك المحل شرط عند انعقاد اليمين فلهذا لا يقع عليها شئ وان حاضت حيضتين في ملكه وعلى رواية الجامع انما يتكرر بكلمة كلما نزول الجزاء بتكرر الشرط ولا يتكرر انعقاد اليمين

فكلما وجد الشرط فى ملكه طلقت والا صح رواية الجامع وقد بينا تمام هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع ﴿قال﴾ وان قال اذا حضت فانت طالق فولدت لم تطلق لان شرط الطلاق حيضها والنفاس ليس بحيض ألا ترى أنه لايحتسب به من اقراء العدة وان قال اذا حبلت فانت طالق ثلاثا فوطئها مرة فالافضل له أن لايقربها ثانية حتى يستبرئها بحيضة لجواز أن تكون قد حبلت فطلقت ثلاثا واذا حاضت وطهرت عرفنا أنها لم تحبل فان تبين فراغ رحمها يحصل بحيضة واحدة بدليل الاستبراء فله أن يطأها مرة أخرى وهذا حاله وحالها مادامت عنده وهو جواب النزهة فاما فى الحكم لايمنع من وطئها مالم يظهر بها حبل لان قيام النكاح فيما بينهما يقين وفي وقوع الطلاق شك واذا ولدت بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر لم تطلق لانا تيقنا ان هذا الحبل كان قبل اليمين وشرط الحنث حبل حادث بعد اليمين وان جاءت به لاكثر من سنتين وقع الطلاق وانقضت العدة بالولد لانا تيقنا أن هذا الولد من حبل حادث بعد اليمين وانما وقع الطلاق عند وجود الشرط وهو ما اذا لو حبلت فتنقضى عدتها بالولد وجاءت به لستة أشهر أو أكثر ولكن لاقل من سنتين لم تطلق أيضا لجواز أن يكون هذا الولد من حبل قبل اليمين فان الولد يبقى فى البطن الى سنتين ومالم يتيقن بوجود الشرط بعد اليمين لاينزل الجزاء والحل وان كان قائما بينهما يسند العلوق الى أبعد الاوقات تحرزا عن ايقاع الطلاق بالشك ﴿قال﴾ واذا قال لها اذا وضعت مافي بطنك فأنت طالق فولدت ولدين فى بطن واحد وقع الطلاق بآخرهما وعليها العدة لان حرف ما يوجب التعميم فشرط وقوع الطلاق أن تضع جميع مافى بطنها وذلك لايحصل الا بالولد الثاني وعلى هذا لو قال ان كان حملك هذا جارية فأنت طالق واحدة وان كان غلاما فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم يقع عليها شئ لان الحمل إسم لجميع مافى بطنها قال الله تعالى أجلهن أن يضعن حملهن ولا تنقضى عدتها الا بوضع جميع مافي بطنها فالشرط أن يكون جميع حملها غلاما أو جارية ولم يوجد ذلك حين ولدت غلاما وجارية في بطن واحد ألا تري أنه لو كان قال ان كان مافي هذه الجوالق حنطة فامرأته طالق وان كان مافيه شعيراً فعبده حر فاذا فيه شعير وحنطة لم يلزمه طلاق ولاعتق ونظير هذه المسألة امتحن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فطنة الحسن بن زياد رضى الله عنه فقال ماتقول فى عنز ولدت ولدين لاذكرين ولا أنثيين ولا أسودين ولا أبيضين كيف يكون هذا فتأمل ساعة ثم قال أحدهما ذكر

والآخر أنثى وأحدهما أسود والآخر أبيض فتعجب من فطنته وان قال لها كلما حبلت فأنت طالق فولدت بعد هـذا القول من حبل حادث فقد وقعت عليها تطليقة كما حبلت لوجود الشرط وانقضت عدتها بالولادة ولو كان جامعها بعد الحبل قبل أن تلد منه كان ذلك منه رجعة لان الواقع بهـذا اللفظ كان رجعياً والوطء فى العـدة من طلاق رجعى يكون رجعة فان حبلت مرة أخرى طلقت لانه عقد يمينه بكلمة كلما وكذلك فى الحكم الثالث وان قال أنت طالق مالم تلدى فهى طالق حين سكت لانه جعلها طالقا فى وقت لاتلد فيه بعد اليمين وكما سكت فقد وجد ذلك الوقت وكذلك فى قوله مالم تحبلى وفى قوله مالم تحيضى الا أن يكون ذلك منها مع سكوته فحينئذ لايقع وهـذا لان وقوع الطلاق بحيض بزمان وهو مابعد كلامه وقد جعلها طالقا الى غاية وهو أن تحيض أو تحبل أو تلد فاذا وجدت الغاية متصلا بسكوته فقد انعدم الزمان الذي أوقع فيه الطلاق لان الشئ لايكون غاية لنفسه فلا تطلق فاذا لم يوجد ذلك مع سكوته فقد وجد الزمان الذي أوقع فيه الطلاق فتطلق ولو قال أنت طالق مالم تحبلى أو مالم تحيضي وهي حبلى وهي حائض فهى طالق كما سكت لان صيغة كلامه لحبل وحيض حادث يقال حبلت المرأة وحاضت عند ابتداء ذلك ولم يوجد ذلك متصلا بسكوته فلهذا تطلق فان كان يعني مافيه من الحبل والحيض دين فيما بينـه وبين الله تعالى لان استدامة الحيض بخروج الدم منها ساعة فساعة وما يبرز منها حادث من وجه فيجوز أن يطلق عليه اسم ابتداء الحيض مجازا ولكنه خـلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وأما فى الحبل فلايدين فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لايتجدد الحبـل فى مدته ساعة فساعة فلا يكون لاستدامته اسم الابتـداء لاحقيـقة ولا مجازا ألا ترى أنه يقال حاضت عشرة أيام ولا يقال حبلت تسعة أشهر انما يقال حبلت ووضعت لتسـعة أشهر وان قال لامرأته قد طلقتك قبـل أن أتزوجـك فهذا باطل لان ماثبت باقراره كالثابت بالمعاينـة ولانه أضاف الطلاق الى وقت لم يكن مالكا للايقاع عليها فى ذلك الوقت فكان نافياً للوقوع عليها لامثبتا كما لو قال أنت طالق قبل أن تولدي أو تخلق أو قبـل أن أولد أو أن أخلق وكذلك لو قال قد طلقتك أمس وانما تزوجها اليوم لانه أضاف الطلاق الى وقت لم يكن مالـكا للايقاع فى ذلك الوقت وان كان تزوجها قبل أمس طلقت الحال لانه أضاف الى وقت كان مالـكا للايقاع فى ذلك الوقت فـكان كلامه معتبراً

فى الايقاع ثم انه وصفها بالطلاق فى الحال مستنداً الى أمس وهو يملك الايقاع عليها فى الحال ولكن لا يملك الاسناد فلهذا تطلق في الحال «قال» ولو قال قد طلقتك وأنا صغير أوقال وأنا نائم لم يقع بهذا شئ لانه أضاف الى حالة معهودة تنافى صحة الايقاع فكان منكراً للايقاع لا مقراً به . ولوقال وأنا مجنون فان عرف بالجنون قبل هذا لم تطلق لانه أضاف الى حالة معهودة تنافى صحة الايقاع وان لم يعرف بالجنون طلقت لانه أقر بطلاقها وأضافه الى حالة لم تعرف تلك الحالة منه فلا يعتبر قوله فى الاضافة فلهذا تطلق فى الحال وان قال قلت لك أنت طالق ان كلمت فلانا وقالت هى طلقتنى فالقول قول الزوج لان تعليق الطلاق بالشرط يمين واليمين غير الطلاق ألا ترى أنه لا يقع الطلاق بها ما لم يوجد الحنث فهى تدعى عليه ايقاع الطلاق والزوج منكر لذلك فالقول قوله وان قال أنت طالق ثلاثا ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت أحدهما قبل أن يطلقها لان كلمة ان للشرط فقد جعل عدم ايقاع الطلاق عليها شرطا ولا يتيقن بوجود هذا الشرط ما بقيا حيين فهو كقوله ان لم آت البصرة فأنت طالق ثم ان مات الزوج وقع عليها قبل موته بقليل وليس لذلك القليل حد معروف ولكن قبيل موته يتحقق عجزه عن ايقاع الطلاق عليها فيتحقق شرط الحنث فان كان لم يدخل بها فلا ميراث لها وان كان قد دخل بها فلها الميراث بحكم الفرار حين وقع الثلاث بايقاعه قبيل موته بلا فصل وان ماتت المرأة وقع الطلاق أيضا قبل موتها وفى النوادر يقول لايقع لانه قادر على أنه يطلقها مالم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية أن الايقاع من حكمة الوقوع بعد الموت وهوقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه يعقبه الوقوع كما لو قال لها أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها وان قال أنت طالق متى لم أطلقك طلقت كما سكت لان كلمة متى تستعمل للوقت فقد أضاف الطلاق الى وقت بعد يمينه لايطلقها فيه وقد وجد ذلك الوقت كما سكت وكذلك ان قال متى مالم أطلقك فأما اذا قال اذا لم أطلقك أواذا مالم أطلقك فان قال عنيت باذاء الشرط فهو بمنزلة أن لايقع الطلاق حتى يموت أحدهما وان قال عنيت به متى وقع الطلاق كما سكت لأن اذا تستعمل لكل واحدة منهما وان لم تكن له نية ففي قول أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تطلق حتى يموت أحدهما وعندأبي

يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كما سكت يقع وأصل الخلاف بين أهل اللغة والنحو فالكوفيون منهم يقولون اذا قد تستعمل للوقت وقد تستعمل للشرط على السواء فيجازى به مرة ولا يجازى به أخرى واذا كان بمعنى الشرط سقط فيه معنى الوقت أصلا كحرف ان وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى والبصريون رحمهم الله تعالى يقولون اذا للوقت ولكن قد تستعمل للشرط مجازا ولا يسقط به معنى الوقت اذا أريد به الشرط بمنزلة متى وهو مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فهما يقولان اذا تستعمل فيما هو كائن لامحالة وليس فيه معنى الخطر قال الله تعالى اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت ويقال الرطب اذا اشتدت الحر والبرد اذا جاء الشتاء والشرط ماهو على خطر الوجود فعرفنا انه للوقت حقيقة فعند عدم النية يحمل اللفظ على حقيقته ألا ترى أنه لو قال لامرأته اذا شئت فانت طالق لم يخرج الامر من يدها بقيامها عن المجلس بمنزلة قوله متى شئت بخلاف قوله ان شئت وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اذا قد تكون للشرط حقيقة يقول الرجل اذا زرتني زرتك واذا أكرمتني أكرمتك والمراد الشرط دل عليه قول القائل شعر

استغن ماأغناك ربك بالغنى   واذاتصبك خصاصة فتحمل

معناه وان تصبك فعند عدم النية هنا ان حمل على معنى الشرط لم يقع الطلاق حتى يموت أحدهما وان حمل بمعنى متى طلقت في الحال وقد عرفنا أن الطلاق غير واقع فلا نوقعه بالشك ولهذا قلنا في مسئلة المشيئة لايخرج الأمر من يدها بقيامها عن المجلس لانا ان جعلنا اذا بمعنى الشرط خرج الامر من يدها وان جعلناها بمعنى متي لم يخرج الامر من يدها وقد عرفنا كون الامر في يدها بيقين فلا نخرجه من يدها بالشك وفي الكتاب قال ألا ترى أنه لو قال اذا سكت عن طلاقك فانت طالق تطلق كما سكت وهذا لاحجة فيه لانه لو قال ان سكت وان قال كلما لم أطلقك فانت طالق وقد دخل بها ثم سكت فهي طالق ثلاثا يتبع بعضها بعضا لانه أضاف الطلاق الى وقت لايطلقها فيه بكلمة كلما وعقيب سكوته يوجد ثلاثة أوقات بهذه الصفة بعضها على أثر البعض فتطلق ثلاثا بطريق الاتباع ولا يقعن معاً حتى اذا لم يكن دخل بها لايقع الا واحدة وان قال متى مالم أطلقك واحدة فأنت طالق ثلاثا ثم قال موصولا بكلامه أنت طالق واحدة فقد بر في يمينه استحسانا ولا يقع عليها الا واحدة وفي القياس تطلق ثلاثا وهو قول زفر رحمه الله تعالى لأنه آلي أن يشرع

من قوله أنت طالق واحدة يوجد وقت موصوف بأنه لم يطلقها فيه وان لطف وذلك يكفي شرطا للحنث ولكنه استحسن فقال البر مراد الحالف ولا يتأتى له البر الا بعد أن يجعل هذا القدر مستثني ومالا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفواً وأصل المسئلة فيما اذا قال ان ركبت هذه الدابة وهو راكبها أخذ في النزول في الحال ولو سكت ساعة ثم قال أنت طالق واحدة فقد طلقت ثلاثا قبل قوله واحدة وهذا لان السكوت فيما بين الكلامين يستطاع الامتناع عنه وعلى هذا لو قال مالم أقم من مقعدي هذا فأنت طالق ان قام كما سكت لم تطلق استحسانا وان سكت هنيهة طلقت ولو قال أنت طالق حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق كما سكت لأن حرف لم عبارة عن الماضي وقد مضي حين لم يطلقها فيه فكان الوقت المضاف اليه الطلاق موجوداً كما سكت وكذلك لو قال زمان لم أطلقك أو يوم لم أطلقك أو حيث لم أطلقك لان حرف حيث عبارة عن المكان وكم من مكان لم يطلقها فيه ولو قال حين لا أطلقك لا تطلق في الحال لان حرف لا للاستقبال وان نوى بحين وقتاً يسيراً أو طويلا تعمل نيته وان لم يكن له نية فهو على ستة أشهر فما لم تمض ستة أشهر بعد يمينه لاتطلق لان حين تستعمل بمعني ساعة قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون أى وقت الصباح والمساء وتستعمل بمعني قيام الساعة قال الله تعالى تمتعوا حتى حين وتستعمل بمعني أربعين سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر وتستعمل بمعنى ستة أشهر قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين فاذا نوى شيئا كان المنوى من محتملات لفظه وان لم ينو شيئا كان على ستة أشهر هكذا قال ابن عباس رضى الله عنهما حين سئل عمن حلف لايكلم فلانا حيناً قال هو على ستة أشهر فان النخلة يدرك ثمرها في ستة أشهر وقال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين ولانه متى أراد به ساعة لايستعمل فيه لفظ الحين عادة ومتى أراد به أربعين سنة أو قيام الساعة استعمل فيه لفظ الأبد فتعين ستة أشهر مراداً به وكذلك لو قال زمان لا أطلقك فان لفظة حين وزمان يستعملان استعمالا واحداً يقول الرجل لغيره لم ألقك منذ حين ولم ألقك منذ زمان ولو قال يوم لا أطلقك فاذا مضى بعد يمينه يوم لم يطلقها فيه طلقت حتى اذا قال هذا قبل طلوع الفجر فكما غربت الشمس تطلق لان اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس حتى يقدر الصوم بالامساك فيه ﴿ قال ﴾ واذا قال يوم أدخل دار فلان فامرأته طالق ولا نية له فدخلها ليلا أو نهاراً طلقت لان اليوم

يستعمل بمعنى الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن فر من الزحف ليلا أو نهاراً باحقه هذا الوعيد والرجل يقول انتظر يوم فلان أى وقت اقباله أوادباره فاذا قرن بما لا يختص بأحد الوقتين ولا يكون ممتداً كان بمعنى الوقت كالطلاق واذا قرن بما يختص بأحد الوقتين كالصوم كان بمعنى بياض النهار وكذلك اذا قرن بما يكون ممتداً كقوله لامرأته أمرك بيدك يوم يقدم فلان على ما نبينه ان شاء الله تعالى واذا قال فى الطلاق نويت النهار دون الليل فهو مصدق فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهى حقيقة مستعملة فيجب تصديقه فى ذلك وان قال ليلة أدخلها فأنت طالق فدخل نهاراً لم تطلق لان الليل اسم خاص لسواد الليل وهو ضد النهار ولا يصح أن ينوى بالشئ ضده وان قال أنت طالق الى حين أو زمان أو الى قريب فان نوى فيه شيئاً فهو على ما نوى من الاجل لان الدنيا كلها قريب فالمنوى من محتملات لفظه وان لم يكن له نية في الحين والزمان هى الى ستة أشهر وفي القريب الى مضى ما دون الشهر حتي اذا مضى من وقت يمينه شهر الا يوم طلقت لان القريب عاجل والشهر فما فوقه آجل وما دون الشهر عاجل حتى اذا حلف ليقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر فى يمينه والعاجل ما يكون قريبا ولو قال أنت طالق الى شهر فان نوى وقوع الطلاق عليها في الحال طلقت ولغى قوله الى شهر لان الواقع من الطلاق لا يحتمل الاجل وان لم ينو ذلك لم تطلق الا بعد مضى شهر عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تطلق فى الحال وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لان قوله الي شهر لبيان الاجل والاجل في الشئ لا ينفي ثبوت أصله بل لا يكون الا بعد أصله كالاجل فى الدين لا يكون الا بعد وجوب الدين فكذلك ذكر الاجل هنا فيما أوقعه لا ينفى الوقوع فى الحال ولكن يلغو الاجل لان الواقع من الطلاق لا يحتمل ذلك وأصحابنا رحمهم الله تعالى يقولون الواقع لا يحتمل الاجل ولكن الايقاع يحتمل ذلك لان عمله فى التأخير والايقاع يحتمل التأخير ولو جعلنا حرف الى داخلا على أصل الايقاع كان عاملا فى تأخير الوقوع ولوجعلناه داخلا على الحكم كان لغواً وكلام العاقل محمول على الصحة مهما أمكن تصحيحه لايجوز الغاؤه فجعلناه داخلا على أصل الايقاع وقلنا بتأخير الوقوع الى مابعد الشهر كأنه قال أنت طالق بعدمضي شهر وان قال أنت طالق غداً تطلق كما طلع الفجر من الغد لوجود الوقت المضاف اليه

الطلاق وان قال عنيت به آخر النهار لم يدين به في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في لفظ العموم فانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وانما يكون ذلك اذا وقعت فى أول جزء منه فاذا نوى الوقوع فى آخر جزء من الغد فنيته التخصيص فى العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال لا آكل الطعام ونوى طعاما دون طعام وان قال أنت طالق فى غد طلقت كما طلع الفجر أيضا فان قال عنيت به آخر النهار صدق فى القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولم يصدق عندهما ذكر الخلاف في الجامع الصغير فهما سويا بين قوله غد وبين قوله فى غد لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فاذا عنى جزءاً خاصاً منه كان هذا كنية التخصيص فى لفظ العموم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يفرق بينهما فيقول حرف فى للظرف والظرف قد يشغل جميع المظروف وقد يشغل جزءاً منه لانه اذا قيل فى الجوالق حنطة لايفهم منه أن يكون مملوءة من الحنطة فاذا ذكر بين الوصف والوقت حرف الظرف كان كلامه محتملا بين أن تكون موصوفة بالطلاق في جميع الغد أو فى جزء منه والنية في الكلام المحتمل صحيحة فى القضاء والوقت انما يكون ظرفا للطلاق على أن يكون واقعاً فيه لا أن يكون شاغلا له والوقوع يكون في جزء من الوقت فكان هذا أقرب الى حقيقة معنى الظرف واذا قال غداً فلم يدخل بين الوصف والوقت حرف الظرف فكان حقيقته الوصف لها بالطلاق في جميع الغد فلهذا لا تعمل نيته في التخصيص في القضاء ولو قال أنت طالق فى رمضان ولا نية له فهي طالق حين تغيب الشمس من آخر يوم من شعبان لانه كما رأى الهلال فقد وجد جزء من رمضان وذلك يكفي للوقوع وان قال نويت آخر رمضان فهو على الخلاف الذى بينا وان قال أنت طالق اليوم غداً فهي طالق اليوم لانه ذكر وقتين غير معطوف أحدهما على الآخر وفى مثله الوقوع فى أول الوقتين ذكراً وهو اليوم ولو قال غداً اليوم طلقت غداً وهذا لان قوله أنت طالق اليوم تنجيز وقوله غدا اضافة الى وقت منتظر والمنجز لايحتمل الاضافة فكان قوله غداً لغوا واذا قال أولا غداً كان هذا اضافة الطلاق الى وقت منتظر فلو تنجز بذكره اليوم لم يبق مضافا وقوله اليوم ليس بناسخ لحكم أول كلامه فكان لغوا وان قال اليوم وغداً طلقت للحال واحدة لا تطلق غيرها لأن العطف للاشتراك فقد وصفها بالطلاق في الوقتين وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بالطلاق في الوقتين جميعاً وان قال غداً واليوم تطلق واحدة اليوم عندنا والأخرى غداً لأنه عطف

الجملة الناقصة على الجملة الكاملة فالخبر المذكور في الجملة الكاملة يصير معاداً في الجملة الناقصة فان العطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فكأنه قال وأنت طالق اليوم وعن زفر رحمه الله تعالى أنها لا تطلق الا واحدة لان صيغة كلامه وصف وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بأنها طالق في الوقتين جميعا وان قال أنت طالق الساعة غداً طلقت للحال وكان قوله غداً حشوا لما قلنا فان قال عنيت تلك الساعة من الغد لم يصدق في القضاء لان ظاهر كلامه تنجيز وهو يريد بنيته صرف الكلام عن ظاهره فلا يدين في القضاء وهو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال كلامه المنوى وان كان خلاف الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره وان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد فهي طالق حين يطلع الفجر لان قوله اذا جاء غد تعليق بالشرط وبذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من أن يكون تنجيزاً كما لو قال أنت طالق اليوم اذا كلمت فلانا أو ان كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام ويتبين بذكر الشرط أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع بخلاف قوله اليوم غداً فان هذا ليس بذكر الشرط فبقي قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وان قال أنت طالق رمضان وشوال كانت طالقا أول ليلة من رمضان لانه أضاف الطلاق الى وقتين فيقع عند أول الوقتين ذكراً وان قال أنت طالق في رمضان فهو على أول رمضان يجيء هو الظاهر المعلوم بالعادة من كلامه كما لو ذكر الاجل في اليمين الى رمضان أو أجر داره الى رمضان فان قال عنيت الثاني لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ولانه في معنى تخصيص العموم لان موجب كلامه أن تكون موصوفة بالطلاق في كل رمضان يجيء بعد يمينه فاذا عين البعض دون البعض كان هذا تخصيصا للعموم وتخصيص العموم بالنية صحيح فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء وكذلك قوله أنت طالق يوم السبت فهو على أول سبت فان قال عنيت الثاني لم يصدق في القضاء وان قال طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال لانه وصفها بالطلاق في مكان موجود والطلاق لا يختص بمكان دون مكان ولكن اذا وقع عليها في مكان تتصف به في الامكنة كلها فان قال عنيت به اذا أتيت مكة لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه ذكر المكان وعبر به عن الفعل الموجود فيه وذلك نوع من المجاز مخالف للحقيقة والظاهر فلا يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك قوله أنت طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت

لان وصفه إياها بالطلاق لايختص بثوب دون ثوب فان قال عنيت به اذا لبست ذلك الثوب دين فيا بينه وبين الله تعالى لانه جعل ذكر الثوب كناية عن فعل اللبس فيه وهو نوع من المجاز وكذلك قوله فى الدار أو في البيت أو في الظل أوفى الشمس وان قال فى ذهابك الى مكة أو فى دخول الدار أو فى لبسك ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل ذلك لان حرف فى للظرف والفعل لايصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلاله فيحمل على معنى الشرط لان المظروف يسبق الظرف كما أن الشرط يسبق الجزاء ويجعل حرف فى بمعنى مع قال الله تعالى فادخلى فى عبادي أى مع عبادي ويقال دخل الأمير البلدة في جنده أى معهم ولو قال أنت طالق مع دخولك الدار لم تطلق حتى تدخل فهذا مثله بخلاف قوله فى الدار لانه لو قال مع الدار طلقت لانه قرن الطلاق بما هو موجود وان قال أنت طالق وأنت تصلين طلقت للحال لان قوله وأنت تصلين ابتداء فان قال عنيت اذا صليت لم يصدق في القضاء لان الشرط لايعطف على الجزاء ويصدق فيا بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ يذكر بمعني الحال تقول دخلت الدار على فلان وهو يفعل كذا أى في تلك الحالة فيكون معنى هذا أنت طالق في حال اشتغالك بالصلاة فيدين فيا بينه وبين الله تعالى لاحتمال لفظه مانوي وكذلك لو قال أنت طالق مصلية فى القضاء تطلق فى الحال وان قال عنيت اذا صليت دين فيا بينه وبين الله تعالى بمعني الحال وأهل النحو يقولون ان قال مصلية بالرفع لايدين فيا بينه وبين الله تعالى وان قال مصلية بالنصب حينئذ يدين فى القضاء أيضا وهو نصب على الحال وهذا ظاهر عند أهل النحو وهو نصب على الحال وعند الفقهاء يدين فيا بينه وبين الله تعالى وان قال أنت طالق فى مرضك أو فى وجعك لم تطلق حتى يكون منها ذلك الفعل اما لان حرف في معني مع أو لأن المرض والوجع لما لم يصلح ظرفا حمل على معنى الشرط مجازاً لتصحيح كلام العاقل وان قال أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر وقدم فلان قبل تمام الشهر لم تطلق لانه أضاف الطلاق الى وقت منتظر وهو أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان فيراعى وجود هذا الوقت بعد اليمين ولم يوجد وكذلك لو قال أنت طالق قبل موت فلان بشهر فمات فلان قبل تمام الشهر لم تطلق بخلاف مالو قال لها فى النصف من شعبان أنت طالق قبل رمضان بشهر تطلق في الحال لانه أضاف الطلاق الى وقت قد تيقن مضيه فيكون ذلك تنجيزاً منه كقوله أنت طالق أمس فأما اذا قدم فلان

أومات لتمام الشهر فعلى قول زفر رحمه الله تعالى في الفصلين جميعاً يقع الطلاق من أول الشهر حتى تعتبر المدة من ذلك الوقت ولو كان وطئها في الشهر صار مراجعاً في الطلاق الرجعي وفي البائن يلزمه مهر بالوطء وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع الطلاق مقصوراً على حالة القدوم والموت حتى تعتبر المدة في الحال ولا يصير مراجعا بالوطء في الشهر ولا يلزمه به مهر وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في القدوم الجواب كما قالا وفي الموت الجواب كما قال زفر رحمه الله تعالى وجه قول زفر رحمه الله تعالى أن وقوع الطلاق بايقاعه انما يقع في الوقت الذي أوقعه وانما أوقعه في أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان أو موته فيقع في ذلك الوقت وقد وجد ذلك الوقت بعد اليمين ولكن لم يكن معلوما لنا ما لم يوجد القدوم والموت فاذا صار معلوما لنا تبين انه كان واقعاً كما لو قال لها اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام ثم يتبين أنه كان واقعاً عند رؤية الدم وكذلك اذا قال ان كان في بطنك غلام فأنت طالق لا يحكم بالوقوع حتى تلد فاذا ولدت غلاما تبين أن الطلاق كان واقعا والدليل عليه أنه لو أوقع عند مضي شهر بعد القدوم أو الموت لا يقع الا في ذلك الوقت فكذلك اذا أوقع قبله بشهر ولو قال لأجنبية أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر ثم تزوجها بعد شهر لم تطلق ولو انتصب التزوج شرطا وكان أوان الوقوع بعده لطلقت وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا وقوع الطلاق توقف بكلامه على وجود القدوم والموت وانما يتوقف على وجود الشرط فعرفنا أنه شرط معنى والجزاء يتأخر عن الشرط ثم هذا في القدوم واضح لانه على خطر الوجود وفي الشرط معنى الخطر والموت وان كان كائنا لا محالة ولكن مضي الشهر بعد كلامه قبل الموت لم يكن كائنا عند يمينه لا محالة ولهذا قال لو مات قبل تمام الشهر لم تطلق ولان الموت قد يتقدم وقد يتأخر فكل شهر يمضي بعد يمينه لا يعلم أنه الوقت المضاف اليه الطلاق ما لم يتصل الموت بآخره لجواز أن يتأخر عنه كما في القدوم لا يعلم ذلك لجواز أن لا يقدم أصلا فكان هذا في معنى الشرط أيضاً بخلاف قوله أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر فان الاضافة هنا لغو أصلا لانه غير مالك للطلاق في الوقت الذي أضاف اليه واعتبار معنى الشرط بعد صحة الاضافة وفي مسئلة الحيض الشرط يوجد برؤية قطرة من الدم ولكن لا يحكم بالطلاق لجواز أن ينقطع قبل تمام الثلاث فلم يكن وقوع الطلاق هناك

موقوفا على وجود أمر منتظر وكذلك فى مسئلة الحيل كلامه تنجيز للطلاق لان التعليق بما هو موجود يكون تنجيزاً فلم يكن الوقوع موقوفا على أمر منتظر ولكنا لانحكم به قبل الولادة لعدم علمنا به فلم يكن فى معنى الشرط والفرق لابى حنيفة رحمه الله تعالى ما أشار اليه في الكتاب فقال ان موت فلان حق كائن وقدومه لايدري أيكون أولا يكون وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الشئ انما يتصف بكونه شرطاً بذكر حرف الشرط فيه أو وجود معنى الشرط ولم يذكر حرف الشرط فى الفصلين ولكن وجد معنى الشرط فى مسئلة القدوم لان وجوده على خطر وهو مما يصح الأمر به والنهى عنه وهذا معنى الشرط فان الحالف يقصد بيمينه منع الشرط فاذا توقف وقوع الطلاق على وجوده وفيه معنى الشرط انتصب شرطاً فاما الموت فلا خطر فى وجوده بل هو كائن لامحالة ولايصح الامر به والنهى عنه فلم يكن قصده بهذا الكلام منع الموت واذا لم يكن فيه معنى الشرط كان معرفا للوقت المضاف اليه فانما يقع الطلاق من أول ذلك الوقت كما فى قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر يقع الطلاق فى أول شعبان الا أن هناك الوقت يصير معلوما قبل دخول رمضان وهنا لايصير معلوما مالم يمت فاذا صار معلوما لنا تبين أن الطلاق كان واقعامن أوله (والثانى) أنه أوقع الطلاق فى أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان أو موته وفى مسئلة القدوم هذا الاتصال لا يقع أصلاالا بعد القدوم لجواز أن يكون لايقدم أصلا وبدو هذا الاتصال لايقع الطلاق أصلا أما فى مسئلة الموت هذا الاتصال ثابت قبل الموت لان الموت كائن فيعلم يقينا أن في الشهور التي تأتى شهرا موصوفا بهذه الصفة ولكن لايدرى أى شهر ذلك فلا يحكم بالطلاق مالم يصر معلوماً لنا فاذا صار معلوما تبين أنه كان واقعا من أول ذلك الوقت يقرره أن فى مسئلة الموت الوقت المضاف اليه يصير معلوما قبل حقيقة الموت لانه لما أشرف على الهلاك صار الوقت المضاف اليه معلوما فلهذا لا يتأخر الطلاق عن الموت وفي مسئلة القدوم لايصير الوقت معلوما مالم يوجد حقيقة القدوم لجواز أن لايقدم فلهذا تأخر الطلاق عنه وان قال أنت طالق ثلاثا قبل موتك بشهر فماتت قبل مضى الشهر لم تطلق لانه لم يوجد الوقت المضاف اليه بعداليمين فان ماتت بعد تمام الشهر فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايقع الطلاق لانه لووقع وقع بعد موتها والطلاق لايقع عليها بعد الموت وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقع من

أول الشهر فلا ميراث له منها وان كان جامعها في الشهر فعليه مهر آخر لها لانه تبين أنه جامعها بعد وقوع التطليقات الثلاث عليها وكذلك لو قتلت أو غرقت فهذا موت وان كان بسبب مخصوص وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا قبل موتي بشهر ثم مات لتمام الشهر عندهما لا تطلق لانه لو وقع وقع بعد موته وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتبين وقوع الطلاق من أول الشهر حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت فلا ميراث لها منه وعليها العدة بثلاث حيض وان قال أنت طالق قبل الاضحى بتسعة أيام فهي طالق حين ينسلخ ذو القعدة لعلمنا بوجود الوقت المضاف اليه الطلاق وان قال أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر فمات أحدهما قبل تمام الشهر لم تطلق لان الوقت المضاف اليه بعد يمينه لم يوجد فان مات أحدهما بعد تمام الشهر طلقت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا مستندا الى أول الشهر وعندهما طلقت في الحال بخلاف لو قال لها أنت طالق قبل قدوم فلان وفلان بشهر فقدم أحدهما بعد تمام الشهر لم تطلق حتى يقدم الآخر وبهذا يتضح فرق أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن القدوم ينتصب شرطا والموت لا ينتصب ووجه الفرق أنه أوقع الطلاق في وقت موصوف بأنه قبل قدومهما بشهر وذلك لا يصير معلوما بقدوم أحدهما لجواز أن لا يقدم الآخر أصلا فأما في الموت يصير ذلك الوقت معلوما بموت أحدهما لان موت الآخر كائن لا محالة وقد طعن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في هذا وقالوا ينبغي أن لا يقع الطلاق بموت أحدهما فان الوقت انما يصير موصوفا بأنه قبل موتهما بشهر اذا ماتا معا فأما اذا مات أحدهما وبقي الآخر زمانا فأول هذا الشهر موصوف بأنه قبل موت أحدهما بشهر وقبل موت الآخر بسنة ولكنا نقول موتهما معا نادر والظاهر أن المتكلم لا يقصد ذلك واذا مات أحدهما بعد تمام الشهر فأول هذا الشهر موصوف بأنه قبل موتهما بشهر في عرف اللسان كما يقال رمضان قبل الفطر والاضحى بشهر وان كان قبل الاضحى بثلاثة أشهر وأكثر ﴿قال﴾ ولو قال أنت طالق الساعة ان كان في علم الله تعالى أن فلانا يقدم الى شهر فقدم فلان لتمام الشهر طلقت بعد القدوم وهو دليل لهما على أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان علم الله تعالى محيط بالاشياء كلها كما أن الموت كائن لا محالة ولكنا نقول معنى هذا الكلام أن قدم فلان الى شهر لان علم الله تعالى لا طريق للحالف الى معرفته وانما تبنى الاحكام على ما يكون لنا طريق الى معرفته فكأنه قال ان قدم فلان الى شهر فلهذا

تأخر الوقوع الى القدوم ولو قال لامرأتيه أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع الطلاق حتى تموت احداهما لان المراد طول الحياة فى المستقبل لا فى الماضى حتى اذا كانت احداهما بنت عشر سنين والاخرى بنت ستين سنة لم تطلق العجوز فعرفنا أن طول الحياة في المستقبل مراد وذلك غير معلوم لجواز أن يموتا معا فان ماتت إحداهما طلقت الأخرى فى الحال عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى طلقت من حين تكلم الزوج لانه تبين أنها كانت أطولهما حياة وان الزوج علق الطلاق بشرط موجود ولكنا نقول معنى كلام الزوج التي تبقى منكما بعد موت الاخرى طالق وذلك غير معلوم قبل موت احداهما بل هو على خطر الوجود لجواز أن يموتا معاً فلهذا انتصب شرطا ﴿قال﴾ ولو قال يازينب فأجابته عمرة فقال أنت طالق ثلاثاً طلقت التى أجابته لانه اتبع الايقاع الجواب فيصير مخاطبا للمجيبة وان قال أردت زينب قلنا تطلق زينب بقصده ولكنه لايصدق فى صرف الكلام عن ظاهره فتطلق عمرة أيضا بالظاهر كما لو قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم تطلق فان قال لى امرأة أخرى بهذا الاسم تزوجتها سرآ وإياها عنيت قلنا تطلق تلك بنيته والمعروفة بالظاهر ولو قال يازينب أنت طالق ولم يجبه أحد طلقت زينب لانه اتبع الايقاع النداء فيكون خطابا للمنادى وهي زينب وان قال لامرأته يشير اليها يازينب أنت طالق فاذا هى عمرة طلقت عمرة ان كانت امرأته وان لم تكن امرأته لم تطلق زينب لان التعريف بالاشارة أبلغ من التعريف بالاسم فان التعريف بالاشارة يقطع الشركة من كل وجه وبالاسم لا فكان هذا أقوى ولا يظهر الضعيف فى مقابلة القوى فكان هو مخاطبا بالايقاع لمن أشار اليها خاصة وان قال يازينب أنت طالق ولم يشر الى شئ غير أنه رأى شخصا فظنها زينب وهي غيرها طلقت زينب فى القضاء لانه بنى الايقاع على التعريف بالاسم هنا فانما يقع على المسماة ولامعتبر بظنه لان التعريف لايحصل به فى الظاهر والقاضى مأمور باتباع الظاهر فأما فيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق هي ولا الاخرى لانه عناها بقلبه والله تعالى مطلع على مافى ضميره فيمنع ذلك الايقاع على زينب التى لم يعنها بقلبه وعلى التى عناها بقلبه لانه لم يخاطبها بلسانه حين أتبع الخطاب النداء وان قال أنت طالق هكذا وأشار بأصبع واحدة فهى طالق واحدة وان أشار بأصبعين فهي طالق اثنتين وان أشار بثلاثة أصابع فهى طالق ثلاثا لان الاشارة بالاصابع بمنزلة التصريح بالعدد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس ابهامه

في الثالثة فيكون ذلك بيانا ان الشهر تسعة وعشرون يوما ثم الاصل في هذه الاشارة أنها تقع بالاصابع المنشورة لا بالاصابع المعقودة والعرف دليل على هذا وكذلك الشرع فان النبي صلى الله عليه وسلم لما خنس ابهامه في الثالثة كان الاعتبار بما نشر من الاصابع دون ما عقد حتى لو قال عنيت الاشارة بالاصبعين اللتين عقدت لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لكون ماقال محتملا وكذلك اذا قال عنيت الاشارة بالكف دون الاصابع دين فيما بينه وبين الله تعالى لكونه محتملا ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر فتطلق ثلاثا وبعض المتأخرين يقولون ان جعل ظهر الكف اليها والاصابع المنشورة الى نفسه دين في القضاء وان جعل الاصابع المنشورة اليها لم يدين في القضاء واذا أشار بأصابعه فقال أنت طالق ولم يقل هكذا فهي واحدة لان كلامه لا يتصل باشارته الا بقوله هكذا فاذا لم يقل كان وجود الاشارة كعدمها فتطلق واحدة بقوله أنت طالق وان قال أنت طالق وهو يريد أن يقول ثلاثا فأمسك رجل على فيه فلم يقل شيئا بعد ذكر الطلاق فهي طالق واحدة لان الوقوع بلفظه لا بقصده وهو ما تلفظ الا بقوله أنت طالق وكذلك لو مات الرجل بعد قوله أنت طالق قبل قوله ثلاثا فهي طالق واحدة بخلاف ما اذا ماتت المرأة بعد قوله أنت طالق قبل قوله ثلاثا فانها لا تطلق شيئا لان الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فيكون العامل هو العدد الا ترى انه لو قال لها قبل الدخول أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا لان ذكر العدد حصل بعد موتها فاما اذا مات الرجل فلفظ الطلاق هنا لم يتصل بذكر العدد فبقي قوله أنت طالق ولو قال أنت طالق أنت طالق فماتت المرأة قبل ذكر الثانية طلقت واحدة لما قلنا ان كلامه هنا ايقاع عامل في الوقوع فانما يقع ما صادفها وهي حية دون ما صادفها بعد الموت وان قال لها أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق ان دخلت الدار فماتت قبل فراغه من الكلام لم يقع عليها شيء لان الكلام المعطوف بعضه على بعض اذا اتصل الشرط بآخره يخرج من أن يكون ايقاعا كما اذا اتصل الاستثناء به وقد تحقق اتصال الشرط بالكلام بعد موتها وان قال احدى امرأتي طالق ثلاثا ولا نية له فذلك اليه يوقعها على أيتهما شاء فان ايجاب الطلاق في المجهول صحيح بخلاف مايقوله نفاة القياس وحجتنا عليهم الحديث كل طلاق جائز ثم الأصل ان الايجاب في المجهول يصح فيما يحتمل التعليق بالشرط لانه كالمعلق بخطر البيان في حق العين ولان ماهو مبنى على الضيق وهو

البيع يصح ايجابه فى المجهول اذا كان لا يؤدي الى المنازعة وهو ما اذا باع قفيزاً من صبرة ففيما يكون مبنيا على السعة لأن يصح ايجابه فى المجهول كان أولى وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة هنا لان الزوج ينفرد بالبيان كما ينفرد بالايقاع فان قال أردت هذه حين تكلمت فالقول قوله لانه مالك للايقاع عليها فيصح بيانه أيضاً وما فى ضميره لا يوقف عليه إلا من جهته فيقبل قوله فيه وان قال ما نويت واحدة بعينها يقال له أوقع الآن على أيتهما شئت لان الايقاع الاول كان على منكرّ وأحكام الطلاق تتقرر فى المنكر فلا بد من تعيينه فلهذا يقال له أوقع على أيتهما شئت وان ماتت إحداهما قبل أن يبين طلقت الباقية لانه انما كان لا يتبين قبل الموت فى احداهما لمزاحمة الاخرى معها وقد زالت بالموت فان التى ماتت خرجت من أن تكون محلا للطلاق وتعيين الطلاق المبهم في حق العين كابتداء الايقاع فاذا خرجت احداهما من أن تكون محلا للطلاق تعينت الاخرى وان قال عنيت الميتة حين تكلمت صدق فى حق نفسه حتى يبطل ميراثه عنها ولا يصدق على ابطال الطلاق عن الحية لان الطلاق تعين فيها شرعا فلا يملك صرف الطلاق عنها بقوله ﴿ قال ﴾ وان كان له أربع نسوة فاطلعت احداهن فقال الزوج التى اطلعت طالق ثلاثا ثم لم يعلم أيتهن هى وقد علم الزوج انها كانت إحداهن فليس له أن يقرب واحدة منهن حتى يعلم المطلقة منهن لان الوقوع هنا على المعينة ابتداء فتثبت به الحرمة ولا طريق الى التحرى فى هذا الباب لان التحرى انما يجوز فيما يحل تناوله بالضرورة وذلك لا يوجد فى الفرج وليس له البيان بالايقاع ابتداء لان الايقاع على المعينة هنا وقد تم بخلاف الاولى ولان الابهام ليس من جهته بل باختلاط المطلقة بغيرها بخلاف الاولى فالابهام هناك منه فكان البيان اليه ولكن ينبغى له فيما بينه وبين الله تعالى أن يطلق كل واحدة منهن واحدة ويتركهن حتى يبنّ ولا يتزوج شيئاً منهن حتى يعلم أيتهن صاحبة الثلاث لأن الاخذ بالاحتياط فى باب الفرج واجب شرعا والاحتياط في هذا ﴿ قال ﴾ فان تزوج واحدة منهن قبل أن تعلم تخاصمته فى الطلاق يحلف لها لانها تزعم انها المطلقة ثلاثا والزوج منكر لذلك ولو كانت الخصومة منها قبل أن يطلقها كان يحلف لها فكذلك بعده فان حلف أمسكها لانا عرفناها في الاصل غير مطلقة ثلاثا فحين حلف بقى الامر فى الحكم على ما كان معلوما لنا قبل هذا وكذلك ان تزوج اثنتين أو ثلاثا فان لم تعلم وتزوجن بأزواج غيره ودخل بهن أزواجهن ثم فارقوهن نكح أيتهن

شاء لانا تيقنا ان المطلقة ثلاثا منهن قد حلت له باصابة الزوج الثاني فكان له أن ينكح من شاء منهن وان ادعت كل واحدة منهن أنها المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج يحلف لكل واحدة منهن بالله تعالى ماهي المطلقة ثلاثا لان كل واحدة تدعى عليه مالو أقر به لزمه فان حلف لهن جميعا بقي الامر على ما كان لانا تيقنا مجازفته في هذه الايمان فان المطلقة فيهن واليمين الكاذبة لا ترفع الحرمة وعن محمد أنه قال اذا حلف لثلاث منهن تعينت للطلاق الرابعة ولا يحلف لها وان أبي أن يحلف لهن فرق بينه وبينهن بثلاث تطليقات لان نكوله في حق كل واحدة منهن بمنزلة إقراره أنها المطلقة ثلاثا ﴿ قال ﴾ واذا قال لنسوة له أيتكن أكلت من هذا الطعام فهي طالق فأكلنه طلقن جميعا لان كلمة أي تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد قال الله تعالى ليبلوكم أيكم أحسن عملا وقال تعالى أيكم يأتيني بعرشها وحرف من للتبعيض فصار معلقا طلاق كل واحدة منهن بتناولها شيئاً من الطعام وقد وجد في حقهن جميعا وكذلك لو قال أيتكن دخلت هذه الدار فدخلنها طلقن لوجود الشرط من كل واحدة منهن وكذلك لو قال أيتكن شاءت فهي طالق فشئن جميعاً ولو قال أيتكن بشرتني بكذا فهي طالق فبشرنه جميعا معا طلقن لوجود الشرط من كل واحدة منهن وان بشرته واحدة بعد أخرى طلقت الاولى وحدها لانها هي البشيرة فان البشارة اسم لخبر سار صدق غاب عن المخبر علمه وفي الحقيقة كل خبر غاب عن المخبر به علمه اذا كان صدقا فهو بشارة قال الله تعالى فبشرهم بعذاب أليم وانما سمي هذا الخبر بشارة لتغير بشرة الوجه عند سماعه الا أنه اذا كان محزنا يتغير الى الصفرة وان كان سارا الى الحمرة ولكن في العرف انما يطلق هذا الاسم على الخبر السار وانما وجد هذا في الاولى لانها أخبرته بما غاب عنه علمه فأما الثانية أخبرته بما كان معلوما له فكانت مخبرة لا بشيرة ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال من أراد أن يقرأ القرآن غضاً طريا كما أنزل فليقرأ على قراءة ابن أم عبد فاستبق أبو بكر وعمر رضى الله عنهما أن يخبراه فسبق أبو بكر رضى الله عنه فكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول بعد ذلك بشرني به أبو بكر رضي الله عنه وأخبرني به عمر رضى الله عنه ﴿ قال ﴾ قال رجل لامرأته أنت طالق ملء الدار أو ملء الحب فان نوي ثلاثا فثلاث والا فهي واحدة بائنة لان الشيء يملأ الوعاء العظيمة في نفسه تارة ولكثرة عدده أخرى فاذا نوي الثلاث علمنا انه أراد به كثرة العدد فكأنه قال

أنت طالق أكثر العدد وان نوى واحدة فهى واحدة بائنة لانه انما أراد به الوصف بعظم التطليقة وذلك بأن يشتد حكمها وكذلك إن لم تكن له نية لان في وقوع الواحدة يقيناوفيما زاد عليه شكاوان نوى اثنتين فهي واحدة بائنة لانه نوى مجرد العدد وذلك لايسع فى هذا اللفظ وان قال واحدة تملأ الدار فهى واحدة بائنة ولا تسع نية الثلاث هنا لانه صرح بالواحدة فيبقى معنى الوصف بالعظم فتكون بائنة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انها تكون رجعية لانه وصف الطلاق بمالا يوصف به فكان لاغيا فى وصفه كالو قال تطليقة تصيح أو تطير كان هذا الوصف لغواً ثم المذهب عند أبي يوسف رحمه الله تعالى انه متى صرح بلفظ العظم يكون الواقع بائنا سواء شبهها بعظيم أو صغير حتى اذا قال عظم الجبل أو عظم رأس الابرة أو الخردلة تكون بائنة وان لم توصف بالعظم ولكن قال مثل الجبل أو مثل رأس الابرة تكون رجعية وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تكون بائنا وقال زفر رحمه الله تعالى اذا شبه التطليقة بما يكون عظيما عند الناس كالجبل تقع بائنة واذا شبهها بما يكون حقيراً كالخردلة تكون رجعية واذا قال أنت طالق واحدة عظيمة أو كبيرة أو شديدة أو طويلة أو عريضة فوصفها بشئ يشددها به فهى بائنة فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لما بينا ان مراده معني الشدة عليها في حكمها وذلك في البائن لانه لاينفرد بالتدارك بخلاف الرجعي وان قال أنت طالق الى الصين فهى واحدة رجعية لانه لم يصفها بعظم ولا كبر انما مدها الى مكان والطلاق لايحتمل ذلك نفسه ولاحكمه ولانه بهذا اللفظ قصر حكم الطلاق لانها اذا وقعت تكون واقعة من المشرق الى المغرب فلا يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة ولو قال أنت طالق الى الشتاء فهي طالق واحدة رجعية بعد الاجل كما في قوله الى شهر وكذلك لو قال الى الصيف ومعرفة دخول الشتاء بلبس أكثر الناس الفرو والثوب المحشو فى ذلك الموضع ودخول الصيف بالقاء أكثر الناس ذلك حتى يتعجب ممن يرى عليه بعد ذلك والربيع فى آخر الشتاء قبل دخول الصيف اذا كان الناس بين لابس للمحشو وغير لابس لايعيب بعضهم على بعض وكذلك الخريف في آخر الصيف قبل دخول الشتاء بهذه الصفة وقيل الربيع اذا نبت العشب والصيف اذا احترق العشب وجف والخريف اذا أخذ الناس فى التأهب للشتاء والشتاء اذا اشتد البرد في كل موضع ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق واحدة لا بل اثنتين فهى طالق ثلاثا ان كان دخل بها لان كلمة لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثانى

مقام الاول والرجوع عن الأول وهو لا يملك الرجوع عما أوقعه ولكنه يتمكن من ايقاع أخريين اذا كان قد دخل بها فتطلق ثلاثاً لهذا وان لم يكن دخل بها فهي واحدة لانها بانت بالاولى لا الى عدة فلا يقدر على الرجوع عنها ولا على اقامة الثنتين مقامها بايقاعه لانها ليست بمحل فلغى آخر كلامه وان قال في المدخول بها نويت بالاثنتين تلك الواحدة وأخرى معها لم يدين في القضاء لان الثنتين غير الواحدة من حيث الظاهر ولان كلامه ايقاع مبتدأ فيما نص عليه ولكن فيما بينه وبين الله تعالى هو مدين لان ما قاله محتمل ﴿قال﴾ واذا قال قد كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين فهي طالق اثنتين استحساناً وفي القياس تطلق ثلاثاً وهو قول زفر رحمه الله كما في الايقاع لان اثنتين غير واحدة فرجوعه عن الاقرار بالواحدة باطل واقراره بالثنتين صحيح وفي الاستحسان يقول الاقرار اخبار وهو مما يتكرر بخلاف الايقاع والعادة الظاهرة ان في الاخبار بهذا اللفظ يراد تدارك الغلط باثبات الزيادة على العدد الاول مع اعادتها فان الرجل يقول حججت حجة لا بل حجتين يفهم من هذا الاخبار حجتين واذا قال سني ستون سنة لا بل سبعون يفهم من هذا الاخبار سبعين لا غير ومطلق الكلام محمول على المتعارف فلهذا تطلق اثنتين وان قال فلانة طالق لا بل فلانة طلقتا لانه ذكر الثانية ولم يذكر لها خبراً فيكون خبر الاولى خبراً لها فكانه قال لا بل فلانة طالق وكذلك لو قال فلانة طالق ثلاثاً لا بل فلانة أو قال بل فلانة تطلق كل واحدة ثلاثاً وان قال فلانة طالق ثلاثاً لا بل فلانة طالق طلقت الاولى ثلاثاً والثانية واحدة لانه ذكر للثانية خبراً ووقع الاستغناء بذلك عن جعل الخبر الاول خبراً لها وان قال فلانة طالق أو فلانة طلقت احداهما لان موجب كلمة أو اذا دخلت بين اثنين إثبات أحد المذكورين بيانه في آية الكفارة فكانه قال احداهما طالق ومن يقول ان حرف أو للتشكيك فهو مخطئ في ذلك لان التشكيك لا يكون مقصودا ليوضع له حرف ولكن حقيقته ما بينا ان موجبه اثبات أحد المذكورين وكذلك لو قال انت طالق واحدة أو اثنتين فالخيار اليه لانه أدخل حرف أو بين عددين فيكون المراد احدهما والبيان اليه ولو قال لها كلما حبلت فأنت طالق وكلما ولدت فانت طالق فحبلت بعد هذا القول وولدت لاكثر من سنتين فقد وقع الطلاق عليها حين حبلت بالكلام الاول وانقضت العدة بالولادة فلا يقع به عليها شئ فان كان وطئها وهي حبلى فذلك منه رجعة ثم تطلق بالولادة تطليقة أخرى بالكلام الثاني وعليها العدة وهو أملك برجعتها قال

حبلت وقعت الثالثة عليها بالكلام الأول لان كلة كلما تقتضى التكرار ثم تنقضي عدتها بالولادة لانها معتدة وضعت جميع ما فى بطنها ﴿وقال﴾ رجل قال لامرأة لا يملكها يوم أتزوجك فأنت طالق وأنت طالق وأنت طالق اوقال ان تزوجتك أو اذا تزوجتك أومتى تزوجتك فأنت طالق وطالق وطالق ثم تزوجها تطلق واحدة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق ثلاثاً حجتهما فى ذلك انه علق ثلاث تطليقات مجتمعات بشرط التزوج فيقعن عند وجود الشرط معاً كما لو أخر الشرط فقال أنت طالق وطالق وطالق اذا تزوجتك وانما قلنا ذلك لان الواو للجمع دون الترتيب بيانه فى آية الوضوء فانه ثبتت به فرضية الطهارة فى الاعضاء الاربعة من غير ترتيب والرجل يقول جاءنى زيد وعمرو فيكون مخبراً بمجيئهما من غير ترتيب بينهما في المجيء ولان قوله وطالق جملة ناقصة معطوفة على الجملة التامة فالمذكور فى الجملة التامة يصير معاداً فى الجملة الناقصة كما في قوله تعالى واللائى لم يحضن معناه فعدتهن ثلاثة أشهر فهنا يصير كأنه قال وأنت طالق اذا تزوجتك وأنت طالق اذا تزوجتك ولو صرح بهذا ثم تزوجها طلقت ثلاثاً جملة فهذا مثله وبان كان لو نجز الطلاق بهذا اللفظ يتفرق الوقوع لا يدل على أنه اذا علق يتفرق كما لو قال لامرأته ولم يدخل بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لابل اثنين فدخلت الدار تطلق ثلاثا ولو نجز بهذا اللفظ الطلاق قبل الدخول لم يقع الا واحدة وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق بالشرط ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند وجود الشرط فما صح تعليقه بالشرط ينزل عند وجود الشرط جملة اذا لم يكن فى لفظه ما يدل على الترتيب وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول تعلق بالشرط ثلاث تطليقات متفرقات فيقعن عند وجود الشرط كذلك كما لو قال ان تزوجتك فانت طالق وبعدها أخرى وبعدها أخرى فاذا وقعن متفرقات بأنت بالاولي فلا تقع الثانية والثالثة كما لو نجز وانما قلنا ذلك لان الواو فى اللغة لعطف مطلق من غير أن يقتضى جمعاً ولا ترتيبا كما فى قوله جاءنى زيد وعمرو لا يقتضي جمعاً حتى يستقيم أن يقول وعمرو بعده كما يستقيم ان يقول وعمرو معه فاذا كانت للعطف فالتطليقة الاولى تعلقت بالشرط بلا واسطة والثانية بواسطة الأولى لانها معطوفة عليها كالقنديل اذا علق بحبل بحلق يتعلق بالحلقة الاولى بلا واسطة وبالحلقة الثانية بواسطة الأولى وكعقد لؤلؤ وانما ينزل عند وجود الشرط كما تعلق وهب

انه لم يكن طلاقا يومئذ فانما يصير طلاقا كما تعلق وهذا بخلاف مالو أعاد الشرط عند ذكر كل تطليقة لان تعلق كل تطليقة هنالك بالشرط بلا واسطة وانما التفرق في أزمنة التعليق وذلك لا يوجب تفرقا في المعلق بالشرط وبخلاف قوله ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل اثنتين لان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الأول وقد صح ذلك لبقاء المحل بعد ما تعلق الاول بالشرط فتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالاولى وهنا حرف الواو للعطف وبخلاف مالو نجز بقوله لا بل لانها بانت بالاولى فلم يصح منه التكلم بالثنتين لعدم المحل وأما اذا أخر الشرط فنقول أول الكلام يتوقف على آخره اذا كان في آخره مايغير موجب أوله وهنا في آخره ما يغير موجب أوله لان أوله ايقاع وبآخره تبين انه تعليق فاذا توقف عليه تعلق الكل بالشرط جملة وأما اذا قدم الشرط فليس في آخر الكلام مايغير موجب أوله فلا يتوقف أوله على آخره فاذا لم يتوقف كان هذا والتنجيز سواء ونظيره مالو تزوج أمتين نكاحا موقوفا فقال المولى أعتقت هذه وهذه بطل نكاح الثانية لانه ليس في آخره مايغير موجب أوله فلم يجعل كعتقهما معا ولو زوج أختين من رجل بغير أمره في عقدتين فقال الزوج أجزت نكاح هذه وهذه بطل نكاحهما كما لو قال أجزتهما لان في آخره ما يغير موجب أوله وان قال اذا تزوجتك فأنت طالق طالق طالق ثم تزوجها طلقت واحدة لانه ماعطف الثانية والثالثة على الاولى فتتعلق الاولى بالشرط وتلغو الثانية والثالثة ولو قال اذا تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي ووالله لا أقربك ثم تزوجها طلقت وسقط عنه الظهار والايلاء عند ابي حنيفة لان تعلقهما بالشرط بواسطة الطلاق فيسبق وقوع الطلاق تبين لا إلى عدة فلا يكون مظاهراً موليا بعد ماخرجت من ملكه وعند ابي يوسف ومحمد رحمه الله هو مطلق مظاهر مول لان الكل تعلق بالتزويج عندهما جملة ولو قال اذا تزوجتك فوالله لا أقربك وأنت علي كظهر أمي وأنت طالق ثم تزوجها وقع هذا كله عليها اما عندهما لا اشكال وعند ابي حنيفة لانه سبق الايلاء وتكون بعده محلا للظهار فيصير مظاهراً ثم تكون بعدهما محلا للطلاق فيقع الطلاق أيضاً وعلى هذا لو قال لامرأته ولم يدخل بها ان كلمت فلانا فانت طالق وطالق وطالق فكلمته فهي طالق واحدة في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقع ثلاثا نص علي قولهما في رواية ابي سليمان ولو قال انت طالق فطالق اذا كلمت فلانا فكلم فلانا تطلق ثلاثا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ماذكرنا ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق

فطالق

فطالق فطالق ذكر الطحاوى رحمه الله ان هذا على الخلاف أيضا وحرف الفاء للعطف كحرف الواو فتطلق ثلاثا عندهما والاصح انها تطلق واحدة عند وجود الشرط لان الفاء للتعقيب فى أصل الوضع لا لعطف مطلق فان كل حرف موضوع لمعنى خاص واذا كان للتعقيب ففى كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة بخلاف الواو وان قال لها أنت طالق طالق طالق ان كلمت فلانا فان كان دخل بها تطلق اثنتين فى الحال والثالثة تعلقت بالكلام وان لم يكن دخل بها طلقت واحدة فى الحال ويلغو ماسواها لانه ماعطف التطليقات بعضها على بعض ولو قال ان كلمت فلانا فانت طالق طالق طالق فان كان دخل بها تعلقت الاولى بالكلام ووقعت الثانية والثالثة فى الحال وان لم يدخل بها تعلقت الاولى بالكلام وتقع الثانية في الحال والثالثة لغو ولو قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كانت مدخولا بها يقع فى الحال اثنتان والثالثة تتعلق بالكلام وان لم يكن دخل بها تقع واحدة في الحال ويلغو ما سوى ذلك واذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فأنت طالق ثم طالق ثم طالق فان كان قد دخل بها تعلقت الاولى بالشرط ووقعت الثانية والثالثة فى الحال وان لم يكن دخل بها تعلقت الاولى بالشرط ووقعت الثانية في الحال والثالثة لغو عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى سواء قدم الشرط أو أخر تتعلق الثلاث بالشرط الاان عند وجود الشرط ان كانت مدخولا بها تطلق ثلاثا وان كانت غير مدخول بها تطلق واحدة فأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كلمة ثم للتعقيب مع التراخي فاذا أدخله بين الطلاقين كان بمنزلة سكتة بينهما وهما يقولان حرف ثم للعطف ولكن بقيد التراخي فلوجود معنى العطف يتعلق الكل بالشرط ولمعنى التراخي يقع مرتبا عند وجود الشرط ولو قال كلما تزوجت إمرأة فهي طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة لم يذكر هذا فى الاصل قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الامالى تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف وقال محمد رحمه الله تعالى تطلق ثلاثا وعليه لها أربعة مهور ونصف ذكره في الرقيات وجه تخريج أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجعية عنده لانه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه وبنفس التزوج وجب مهر آخر وذلك مهران ونصف ثم

بالدخول يصير مراجعاً والتزوج في المرة الثالثة لغو فهي عنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف وتخريج قول محمد رحمه الله تعالى أن بالتزوج الأول وقعت تطليقة ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول وكذلك بالتزوج الثاني والثالث لأن عنده وان حصل التزوج في العدة لايخرج به الطلاق من أن يكون واقعا قبل الدخول فتطلق ثلاثا وعليه أربعة مهور ونصف ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسئلة بحالها فعند محمد رحمه الله تعالى هذا والاول سواء وعند أبي يوسف تطلق ثلاثا بكل تزوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف لان بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام وكذلك يجب بكل دخول مهر تام فاذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفا واذا قال كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية لم تطلق لان كلمة كل تقتضي تجميع الاسماء لاتكرار الافعال فاتما تجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة بخلاف كلمة كلما فانها تقتضي تكرار الافعال وانما قلنا ذلك لان مقتضى كلمة كل الجمع فيما يتعقبها والذي يتعقب الكل الاسم دون الفعل يقال كل رجل وكل امرأة ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل والذي يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم يقال كلما ضرب وكلما دخل ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو ﴿قال﴾ واذا قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأتين في عقدة ثم واحدة في عقدة لم تطلق واحدة منهن لان الاول اسم لفرد سابق لايشاركه فيه غيره ولم توجد صفة الفردية في الأوليين لان كل واحدة منهما مزاحمة للأخرى في العقد ولم توجد صفة السبق في الثالثة لانه تقدمها امرأتان فلم تثبت صفة الاولية لواحدة منهن ولو كان قال مع هذا وآخر امرأة أتزوجها فهي طالق لم تطلق الثالثة أيضا لان الآخر إسم لفرد متأخر لايعقبه غيره ونحن لاندري أن الثالثة هل هي آخر أم لا لجواز ان يتزوج بعدها غيرها فان مات قبل أن يتزوج أخرى طلقت الثالثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى من حين تزوجها حتى لايلزمها العدة إن لم يدخل بها ولا ميراث لها وان كان دخل بها فلها عليه مهر ونصف نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر بالدخول وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى انما تطلق الثالثة قبيل الموت حتي يكون لها الميراث اذا كان دخل بها ولا مهر عليه بالدخول سوى مهر النكاح وعليها عدة الوفاة والطلاق جميعا عند محمد وعند أبي يوسف رحمهما الله تعالى ليس عليها عدة الوفاة وجه قولهما ان

الثالثة انما استحقت صفة الآخرية حين أشرف على الموت وعجز عن التزوج بغيرها فتطلق في الحال كما لو تزوج امرأة ثم قال لها ان لم أتزوج عليك أخرى فأنت طالق فانها تطلق قبيل موته بلا فصل وهما في المعنى سواء لانها انما تكون آخرا بشرط أن لا يتزوج بعدها غيرها الا أن عند محمد لما أخذت الميراث بحكم الفرار لزمها عدة الوفاة مع عدة الطلاق وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تلزمها عدة الوفاة وان ورثته بالفرار وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لما تزوجها بعد الاوليين فقد اتصفت بصفة الآخرية ولكن هذه الصفة بعرض أن تزول عنها بأن يتزوج غيرها فلا يحكم بالطلاق لهذا فاذا لم يتزوج غيرها حتى مات تقررت صفة الآخرية فيها من حين تزوجها فتطلق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لايحكم بوقوع الطلاق لجواز ان ينقطع فيما دون الثلاث وان استمر تبين ان الطلاق كان واقعاً مع أول قطرة من الدم وهذا بخلاف مالو قال ان لم أتزوج عليك لانه جعل عدم التزوج شرطا مفصحا به للطلاق ولا يتحقق هذا الشرط الا عند موته ومالم يتحقق الشرط لاينزل الجزاء ويجوز ان يفترق الفصلان لاختلاف اللفظ مع التقارب في المعنى كما لو قال لامرأته ان لم أشأ طلاقك فانت طالق ثم قال لا اشاء لاتطلق مادام حيا ولو قال ان ابيت طلاقك فانت طالق ثم قال قد ابيت طلاقك تطلق وهما في المعنى سواء ثم اختلف الجواب لاختلاف لفظ الشرط من الوجه الذي قلنا ﴿قال﴾ ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج واحدة لم يتزوج قبلها ولا بعدها حتى مات لم تطلق لانها أول امرأة تزوجها فلا تكون آخر امرأة فان صفة الأولية والآخرية لايجتمع في مخلوق واحد لما بينهما من التضاد في المعنى في المخلوقين فان احدهما لمعنى السبق والآخر لمعنى التأخر في الزمان ولو قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأتين في عقدة وإحداهما معتدة وقع الطلاق على التي صح نكاحها لان شرط التزوج في المستقبل يتناول العقد الصحيح دون الفاسد ونكاح المعتدة باطل وانما صح نكاح الاخرى فهي فرد سابق في نكاحه فكانت أولا وكذلك لو تزوج امرأة نكاحا فاسداً ثم تزوج امرأة بعدها بنكاح صحيح طلقت هذه لان الاولى لما لم يصح نكاحها لم تكن داخلة في كلامه وانما دخلت في كلامه الثانية التي صح نكاحها فهي أول امرأة تزوجها وكذلك لو قال لامرأته ان لم أتزوج عليك اليوم فأنت طالق فتزوج امرأة نكاحا فاسداً لم يبر في يمينه بهذا لأن ذكر التزوج في

المستقبل ينصرف الى العقد الصحيح سواء ذكره فى موضع النفى أو فى موضع الاثبات فان المقصود بالتزوج الحل والعفة وذلك يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد ﴿قال﴾ وان قال أول امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة طلقت حين تزوجها ان مات أولم يمت لانها بنفس العقد استحقت اسم الاولية بصفة التفردية فان دخل بها فلها مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول ومهر بالدخول بها لان الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر فاذا سقط الحد لشبهة وجب المهر وان قال اذا تزوجت امرأة فهى طالق فتزوج امرأتين فى عقدة فاحداهما طالق والخيار اليه لانا تيقنا بوجود الشرط وهو تزوج امرأة فان فى المرأتين امرأة فلهذا طلقت احداهما بغير عينها لان كل واحدة منهما تزاحم الاخرى فى الاسم الذى أوقع الطلاق به ولا وجه للايقاع عليهما لانه علق بالتزوج طلاق امرأة واحدة لا طلاق امرأتين فلهذا تطلق احداهما والخيار اليه وان كان نوى امرأة وحدها لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه ذكر التزوج بامرأة مطلقا ثم قيدها بنيته وهو أن تكون وحدها وتقييد المطلق كتخصيص العام وقد بينا أن نية التخصيص فى العام صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى غير صحيحة فى القضاء فكذلك التقييد وان كان قال ان تزوجت امرأة وحدها ثم تزوج امرأتين في عقدة لم تطلق واحدة منهما لان التقييد هنا بنص كلامه وواحدة منهما لم تتصف بتلك الصفة التى نص عليها في الشرط لانضمام الاخرى اليها في العقد وان تزوج أخرى بعدهما طلقت لانها موصوفة بالصفة التي نص عليها فى الشرط فانها امرأة تزوجها وحدها وهو كما لو قال اذا تزوجت امرأة سوداء فهى طالق فتزوج بيضاوين ثم تزوج سوداء تطلق الثالثة بخلاف قوله أول امرأة أتزوجها لان هناك نص فى الشرط على وصفين الفردية والسبق وقد انعدم فى الثالثة صفة السبق وهنا الشرط صفة واحدة وهي الفردية وقد وجد ذلك فى الثالثة فلهذا تطلق وان قال يوم أتزوج فلانة فهى طالق فأمر رجلا فزوجها اياه فهى طالق لانه تزوجها بعبارة الوكيل فكانه تزوجها بعبارة نفسه وهذا لان الوكيل فى النكاح معبر حتى لا يتعلق به شئ من العهدة ولا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل وبه فارق البيع والشراء اذا حلف لا يفعله فأمر غيره حتى باشره لم يحنث فى يمينه لان العاقد لغيره فى البيع والشراء كالعاقد لنفسه حتى تتعلق به العهدة ويستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولا يصير الموكل عاقدا

بمباشرة الوكيل وان عنى في النكاح ماولى عقده بنفسه لايدين فى القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه فى معنى نية التخصيص في العام فان مطلق اللفظ يتناول مباشرته بنفسه ومباشرة الغير له بأمره وكذلك ان حلف أن لايطلقها فأمر غيره فطلقها حنث لان الزوج هو المطلق بعبارة الوكيل فان الوكيل بالطلاق معبر ألاترى أنه لو قال لها أنت طالق ان شئت فشاءت أوقال اختارى فاختارت نفسها كان الزوج هو المطلق لها فكذلك هنا وان قال نويت ان أطلقها بلساني لم يدين فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في اللفظ العام واذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق أو قال أنت طالق وطالق وطالق بانت بالأولى عندنا وعند مالك رحمه الله تطلق ثلاثا لان الواو للجمع فجمعه بين التطليقات بحرف الجمع كجمعه بلفظ الجمع بأن يقول لها أنت طالق ثلاثا ولكنا نقول الواو للعطف فلا يقتضى جمعا وليس فى آخر كلامه ما يغير موجب أوله لان موجب أول الكلام وقوع الطلاق وهو واقع أوقع الثانية والثالثة أو لم يوقع فتبين بالاولى كما تكلم بها ثم قد تكلم بالثانية وهى ليست فى عدته وهذا بخلاف مالو ذكر شرطا أو استثناء في آخر كلامه لان فى آخر كلامه مايغير موجب أوله فتوقف أوله على آخره ﴿قال﴾ وان قال لها أنت طالق واحدة بعدها أخرى أو قبل أخرى فهى طالق واحدة وهذا الجنس من المسائل ينبني على أصلين (أحدهما) أنه متى ذكر النعت بين اسمين فان الحق به حرف الكناية وهو حرف الهاء كان نعتا للمذكور آخرا وان لم يلحق كان نعتا للمذكور أولا تقول جاءنى زيد قبل عمرو فيكون قبل نعتا لمجىء زيد واذا قلت قبله عمرو كان نعتا لمجىء عمرو (والثاني) أن من أقر بطلاق سابق يكون ذلك ايقاعا منه في الحال لان من ضرورة الاستناد الوقوع في الحال وهو مالك للايقاع غير مالك للاسناد اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق واحدة قبل أخرى تطلق واحدة لان قبل نعت للاولى ومعناه قبل أخرى تقع عليك فتبين بالاولى ولو قال قبلها أخرى تطلق اثنتين لان قبل نعت للمذكور آخرا فكانه قال قبلها أخرى وقعت عليك وهذا منه اسناد للثانية الى وقت ماض فيكون موقعا لها فى الحال مع الاولى ولو قال بعد أخرى تطلق اثنتين لان بعد نعت للأولى فيكون معناه بعد أخرى وقعت عليك ولو قال بعدها أخرى تطلق واحدة لان بعدها هنا نعت للثانية ومعناه بعدها أخرى تقع عليك فتبين بالأولى ﴿قال﴾ ولوقال مع أخرى أومعها أخرى تطلق

اثنين لان كلة مع للقران فقد قرن احدى التطليقتين بالاخرى واوقعهما جميعاً وكذلك ان قال اثنين مع واحدة أو معها واحدة أو قبلها واحدة فهى طالق ثلاثا لما قلنا ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق واحدة ونصفا قبل الدخول كانت طالقا اثنين عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى واحدة لان نصف التطليقة كمالها فكأنه قال أنت طالق واحدة وواحدة ولكنا نقول هذا كله ككلام واحد معنى لانه لا يمكنه أن يعبر عن واحدة ونصف بعبارة أوجز من هذه فان لواحدة ونصف عبارتين اما هذه واما اثنتان الا نصفا وذلك لا يصير معلوما الا بالاستثناء وهذا معلوم في نفسه فهو أولى العبارتين واذا كان كلاما واحداً معنى لا ينفصل بعضه عن بعض بخلاف قوله واحدة وواحدة فكانهما عبارتان لان للاثنين عبارة أوجز من هذه وهو أن يقول اثنين وكذلك لو قال أنت طالق احدى وعشرين عندنا تطلق ثلاثا لانه ليس لهذا العدد عبارة أوجز من هذه فكان الكلام واحداً معنى وعند زفر رحمه الله تعالى تطلق واحدة لانهما كلامان أحدهما معطوف على الآخر فتبين بالاولى وان قال احدي عشرة تطلق ثلاثا بالاتفاق لانه ليس بينهما حرف العطف فكان الكل واحدا ولو قال احدى وعشرة عندنا تطلق ثلاثا وعند زفر رحمه الله تعالى واحدة لانه لما ذكر حرف العطف كان كلامين وكذلك لو قال واحدة ومائة عندنا تطلق ثلاثا وقال زفر رحمه الله تعالى واحدة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن هنا تطلق واحدة لان العبارة المعروفة لهذا العدد مائة وواحدة فاذا غير ذلك تفرق كلامه فتبين بالاولى ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق البتة أو قال البائن ينوي ثلاثا فهى ثلاث لان البتة عبارة عن القطع وقد بينا أن القطع نوعان فهو بنية الثلاث ينوى أحد نوعي القطع فيعمل بنيته وكذلك لو قال أنت طالق حراما ينوى ثلاثا فهو كما نوى لانه نوى أحد نوعى الحرمة وكذلك لو قال طالق الحرام فهذا وقوله حرام سواء ويستوى ان كان دخل بها أولم يدخل بها لان الكلمة واحدة فان ماذكر بعد قوله طالق تفسير لهذه الكلمة فهذا وقوله انت طالق ثلاثا سواء وان قال انت طالق الطلاق أو طلاقا فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فواحدة رجعية وان عني بطالق تطليقة وبالطلاق أخرى فهى ثنتان رجعيتان ان كان قد دخل بها لان هذه الالفاظ مشتقة من لفظ صريح الطلاق وان لم يدخل بها فواحدة بائنة فانه لما نوى بكل كلمة تطليقة كان هذا بمنزلة قوله انت طالق انت طالق فتبين بالأولى فان قال انت طالق الطلاق كله فهي طالق

ثلاثا كانت له نية أو لم تكن لانه صرح بايقاع كل الطلاق وهو ثلاث ومع التصريح لاحاجة الى النيـة وان قال انت طالق أخبث الطلاق أو أشـد الطلاق أو أعظم الطلاق أو أكبر الطلاق فهذا كله باب واحد فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة أو لم يكن له نية فهى واحدة بائنة لما بينا ان معنى العظم والكبر والشدة يظهر فى الحكم فهذا وقوله طالق بائن سواء وان قال انت طالق اكبر الطلاق فهى ثلاث لايدين فيها اذا قال نويت واحدة لان الكثرة والقـلة فى العدد فقد صرح بايقاع أكثر مايملك عليها من الطلاق ومع التصريح لاحاجة الى النية ولو قال أسوء الطلاق أو شره أو أفحشه فهو وقوله اخبث الطلاق سواء على ماسينا وان قال أكمل الطلاق أو أتم الطلاق فهي واحـدة رجعية لانه ليس في لفظـه ماينبئ عن العظم والشـدة ولو قال انت طالق طول كذا أو عرض كذا فهى واحدة بائنة لان الطول والعرض فيه اشارة الى معني الشدة فان الامر اذا اشتد على انسان يقول كان لهـذا الأمر طول وعرض فتكون واحـدة بائـنة ولا تكون ثلاثا وان نواهـا لان الطول والعرض للشيء الواحـد فكانه قال أنت طالق واحـدة طولها وعرضها كذا وهذا لاتسع فيه نية الثلاث ولو قال أنت طالق خير الطلاق أو أعدل الطلاق أو أحسن الطلاق فهـذا بمنزلة قوله أنت طالق للسنة لان الأعـدل والاحسن مايوافق السنة وانما يوصف بالخيرية مايوافق السـنة حتى يقع بهذا تطليقة رجعية فى وقت السـنة وان نوى ثلاثا فثلاث بمنزلة قوله أنت طالق للسنة ﴿ قال ﴾ ولو قال لها أنت طالق ان ركبت وهى راكبة فمكثت كذلك ساعة طلقت لان الركوب مستدام حتى تضرب له المدة يقال ركبت يوما والاستدامة على ما يستدام انشاء قال الله تعالى واما ينسينك الشيطان فلا تقعد بعـد الذكرى أي لاتمكث قاعداً وكذلك لو قال أنت طالق أن قعدت وهى قاعدة أو ان قمت وهي قائمة أو ان مشيت وهي ماشية أو ان اتكأت وهي متكئة فمكثت كذلك ساعة يحنث بخلاف مالو قال أنت طالق ان دخلت الدار وهى في الدار فمكثت كذلك لم تطلق حتى تخرج وتدخل لان الدخول ليس بمستدام فانه انفصال من الخارج الى الداخل ألا ترى أنه لاتضرب له المدة فلا يقال دخل يوما وانما يقال دخل وسكن يوما والخروج نظير الدخول لانه انفصال من الداخـل الى الخارج فلا يكون لاستدامته حكم انشائه ولو قال أنت طالق مابين تطليقة الى ثلاث أو من تطليقة الى ثلاث في القياس تطلق واحـدة وهو

قول زفر رحمه الله تعالى لانه جعل الاولى والثالثة غاية والغاية حد فلا تدخل فى المحدود كقوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط فيكون الواقع مابين الغايتين وهي الواحدة وفى الاستحسان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تطلق ثلاثا لان الحد انما يكون فى ذوى المساحات فاما فى عرف اللسان انما يراد بمثل هذا الكلام دخول الكل فان الرجل يقول خذ من مالى من درهم الى عشرة فيكون له أخذ العشرة ويقول كل من الملح الى الحلو فيكون المراد تعميم الاذن ومطلق الكلام محمول على عرف أهل اللسان وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القياس ما قاله زفر ان الحد غير المحدود ولكن فى ادخال الاولى ضرورة لانه أوقع الثانية ولا ثانية قبل الاولى ولابد للكلام من ابتداء فاذا لم يوقع الاولى تصير الثانية ابتداء فلا يمكن ايقاعها أيضا فلا جل الضرورة أدخلت الغاية الاولى ولا ضرورة فى الغاية الثانية فاخذت فيها بالقياس وقلت تطلق اثنتين وهذا لان الغاية التي ينتهى الكلام اليها قد لا تدخل كالليل فى قوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل وقد تدخل كالمرافق والكعبين في الوضوء والطلاق بالشك لا يقع فان قال أردت واحدة لا يدين فى القضاء وهو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال الكلام مانوى وان قال أنت طالق مابين واحدة الى أخرى ففي قياس قول زفر لا يقع شيء وفى قول أبي حنيفة تطلق واحدة وعندهما تطلق اثنتين وان قال من واحدة الى واحدة قيل هو على الخلاف وقيل تقع واحدة عندهم جميعا لان الشيء لا يكون غاية نفسه فكان قوله الى واحدة لغوا وان قال أنت طالق واحدة أولا شيء فهي طالق تطليقة رجعية فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى ثم رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال لا يقع شيء وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا أولا شيء فهو على هذا الخلاف وجه قوله الاول ان حرف أو لاثبات أحد المذكورين فيما يتخللهما وانما يتخلل هنا قوله واحدة أولا شيء وقوله ثلاثا أولا شيء فيسقط اعتبار هذا اللفظ ويبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة رجعية وجه قوله الآخر ان حرف أو للتخيير لأن موجبه اثبات أحد المذكورين فقد خير نفسه بين أن يقع عليها واحدة أو لا يقع عليها شيء واحدهما موجود فلا يثبت بهذا الكلام شيء كما لو جمع بين امرأته وأجنبية وقال هذه طالق أو هذه لم يقع شيء وهذا لان الكلام اذا اقترن به ذكر العدد كان العامل هو العدد لا قوله انت طالق وقد خرج ذكر العدد من أن يكون عزيمة

بحرف أو فلا يقع عليها شئ وان قال أنت طالق أو غير طالق أو قال أنت طالق أولا أو قال أنت طالق أولا شئ لم يقع عليها شئ لانه انما أدخل حرف الواو بين طلاق وغير طلاق فتخرج به كلمة الايقاع من أن تكون عزيمة فلا يقع شئ كما لو قال لعبده أنت حر أو عبد وان قال أنت طالق واحدة فى اثنتين فهو ثلاث لان حرف فى قد يكون بمعنى الواو لان حروف الصلات يقوم بعضها مقام بعض وان نوى واحدة مع اثنتين يقع ثلاث أيضاً سواء دخل بها أو لم يدخل بها لان حرف في يذكر بمعنى مع قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أي مع عبادى ويقال دخل الامير البلدة فى جنده أى مع جنده وان نوى حساب الضرب فهي واحدة عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى اثنتان لان هذا شئ معروف عند أهل الحساب ان واحدا اذا ضرب فى اثنين يكون اثنين فيحمل كلامه عليهما اذا نوى ولكنا نقول الضرب انما يكون في الممسوحات لا في الطلاق وتأثير الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المال والتطليقة الواحدة وان كثرت أجزاؤها لا تصير أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع الا واحدة فهذا مثله وعلى هذا لو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب عندنا تطلق اثنتين وعند زفر رحمه الله تعالى ثلاثا لان اثنين فى اثنين يكون أربعة ولكن الطلاق لا يكون أكثر من ثلاث وعلى هذا مسائل الاقرار اذا قال لفلان علىّ عشرة دراهم فى عشرة دراهم ونوى حساب الضرب فعليه عشرة عندنا ومائة عند زفر رحمه الله تعالى وان نوى عشرة وعشرة فعليه عشرون وكذلك لو قال درهم فى دينار أو كر حنطة في كر شعير لم يكن عليه الا المذكور اولا عندنا الا أن يقول نويت الواو أو حرف مع فيلزمه جميع ذلك حينئذ ويحلفه القاضى بالله ما أردت الاقرار بذلك كله يعنى اذا كان الخصم مدعيا بجميع ذلك ﴿قال﴾ وان كان له ثلاث نسوة فقال فلانة طالق ثلاثا وفلانة أو فلانة فالاولى طالق والخيار اليه فى الاخريين يوقع على أيتهما شاء لان حرف التخيير انما ذكر بين الاخريين فكان كلامه عزيمة فى الاولى فيقع الطلاق عليها ويخير في الاخريين بمنزلة قوله هذه طالق واحدى هاتين وكذلك الجواب فى العتق وقد بينا الفرق بين هذين الفصلين وبين قوله والله لا أكلم فلانا وفلانا أو فلانا فيما أمليناه من شرح الجامع واستوضح فى الكتاب هذه المسئلة بما اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وقد استقرضت ألف درهم من فلان أو فلان كان الطلاق واقعاً عليها وهو مخير فى الالف يقر بها

لأحدهما ويحلف للآخر ما استقرض منه شيئاً وهذا غير مشكل لان حرف التخيير انما ذكر في الاقرار لافي الايقاع فيبقى موقعاً للطلاق على امرأته عزما ولو قال فلانة طالق ثلاثا أو فلانة وفلانة طلقت الثالثة والخيار اليه في الاوليين لانه انما أدخل حرف التخيير بين الاوليين وابن سماعة رحمه الله تعالى يروى عن محمد رحمه الله تعالى انه يخير بين الايقاع على الاولى والأخريين بمنزلة قوله هذا طالق أو هاتان وجعل على تلك الرواية هذه المسئلة كمسئلة اليمين والفرق بينهما على ظاهر الرواية قد استقصينا شرحه في الجامع وان قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها يقع على كل واحدة منهما ثلاث تطليقات لانه عطف الثانية على الاولى ولم يذكر لها خبراً فيكون الخبر الاول خبراً للثاني كما هو موجب العطف ولانه ضم الثانية الى الاولى بقوله معها وانما يتحقق هذا الضم اذا وقع عليها مثل ماوقع على الاولى فان قال عنيت ان فلانة معها شاهدة لم يصدق في القضاء وهو مصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه اضمر للثانية خبراً آخر وهو محتمل ولكنه خلاف الظاهر فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء وان قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال اشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلاث لان لفظ الاشراك يقتضى التسوية قال الله تعالى في ميراث أولاد الام فهم شركاء في الثلث فيستوى فيه الذكور والاناث ولانه قد اشركها في كل واحدة مما وقعت على الاولى وهذا بخلاف مالو قال لامرأتين له بينكما ثلاث تطليقات حيث تطلق كل واحدة اثنتين لان هناك لم يسبق وقوع شئ على واحدة منهما فتنقسم الثلاث بينهما نصفين قسمة واحدة وهنا قد وقع الثلاث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيئاً مما أوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه ان يسوى الثانية بها بايقاع الثلاث عليها حتى لو قال لامرأتين أشركتكما في ثلاث تطليقات لم يقع على كل واحدة الا اثنتان ولانه لما أوقع الثلاث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشراك في حق كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات وهو ينوى ان كل تطليقة بينهما فلهذا تطلق كل واحدة منهما ثلاثا وان قال لامرأتين له انتما طالقان ثلاثا ينوى ان الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لكون المنوي من محتملات لفظه ولكنه خلاف الظاهر فلايدين في القضاء وتطلق كل واحدة ثلاثا وكذلك لو قال لاربع نسوة له انتن طوالق ثلاثا ينوى أن الثلاث بينهن كان مديناً فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة

ألا ترى أنه قد يقال أكلن أربعة أرغفة على معنى ان كل واحدة أكلت رغيفا ولكنه خلاف الظاهر في الوصف فلا يدين في القضاء وتطلق كل واحدة منهن ثلاثا وان قال لامرأته أنت طالق نصف تطليقة فهي تطليقة كاملة عندنا وعند نفاة القياس لايقع عليها شئ لان نصف التطليقة غير مشروع وايقاع ماليس بمشروع من الزوج باطل ولكنا نقول مالا يحتمل الوصف بالتجزي فذكر بعضه كذكر كله فكان هو موقعاً تطليقة كاملة بهذا اللفظ وايقاع التطليقة مشروع وكذلك كل جزء سماه من نصف أو ثلث أو ربع فهو كذلك وان قال أنت طالق نصفي تطليقه فهى طالق واحدة لانه انما أوقع اجزاء تطليقة واحدة «قال» وان قال أنت طالق نصف تطليقة من التطليقات الثلاث وثلث تطليقة وربع تطليقة وقد دخل بها فهي طالق ثلاثا لانه أوقع من كل تطليقة من التطليقات الثلاث جزءً فانه نكر التطليقة في كل كلمة والمنكر اذا أعيد منكراً فالثاني غير الاول ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى فان مع العسر يسراً ان مع العسر يسراً لن يغلب عسر يسرين وان قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها لم تطلق الا واحدة لانه أضاف الاجزاء المذكورة الى تطليقة واحدة بحرف الكناية ولم يذكر مالو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وربعها فمن أصحابنا من يقول هنا تطلق اثنتين لانك اذا جمعت هذه الاجزاء المذكورة تكون أكثر من واحدة والاصح انها لا تطلق الا واحدة لانه أضاف الاجزاء المذكورة الى تطليقة واحدة بحرف الكناية فلا يقع الا واحدة «قال» ولو قال أنت طالق أن لم تصنعى كذا وكذا لعمل يعلم انها لاتصنعه أبداً نحو أن يقول أن لم تمسي السماء بيدك أو ان لم تحولى هذا الحجر ذهبا فهى طالق ساعة تكلم به بخلاف مالو قال ان لم تدخلى الدار فان هناك لاتطلق حتى تموت لان الشرط فوات الدخول ولا يتحقق ذلك الا عند موتها فان الدخول منها يتأتى مادامت حية فاما هنا الشرط عدم مس السماء منها أو تحويل الحجر ذهبا وذلك متحقق في الحال من حيث الظاهر ولانه لافائدة في الانتظار هنا لانه لايحصل به عجز لم يكن ثابتاً قبله بخلاف مسئلة الدخول على ما بينا ولو وقت وقتا فقال أنت طالق ان لم تمسي السماء اليوم لم تطلق الا بعد مضى اليوم عندنا وقال بعض العلماء تطلق في الحال لان فوت الشرط متحقق في الحال ولان الوقت في اليمين المؤقت كالعمر في المطلق فكما لاينتظر هناك موتها فكذلك هنا لا ينتظر مضى المدة ولكنا نقول عند ذكر الوقت الشرط عدم الفعل في آخر جزء من اجزاء النهار وذلك لا يتحقق

قبل مجيء ذلك الوقت ولانه بذكر الوقت قصد الترفيه على نفسه فكان هذا بمنزلة قوله أنت طالق اذا ذهب هذا اليوم فالم يذهب لايقع الطلاق ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته يامطلقة فهي طالق واحدة لانه وصفها بالطلاق حين ناداها به فكان هذا وقوله أنت طالق سواء ألا ترى أنه لو قال لها يازانية كان قاذفا لها بمنزلة قوله أنت زانية فان قال عنيت أنها مطلقة من زوج لها قبلي فان لم يكن لهـا زوج لا يلتفت الى كلامه لانه نوى المحال وان كان لهـا زوج قبله فهو مدين في القضاء ولا يقع عليها شيء لانه نوى حقيقة كلامه فان النداء في الحقيقة بوصف موجود وذلك من طلاق زوج كان قبله ولان حقيقة كلامه الوصف وهو غير الايقاع ﴿قال﴾ وان قال لها طلقتك أمس وهو كاذب كانت طالقا في القضاء فأما فيما بينه وبين الله تعالى فهي امرأته لان الاقرار اخبار محتمل للصدق والكذب الا ان دينه وعقله يحمله على الصدق ويمنعه عن الكذب فحملنا كلامه في الظاهر على الصدق فأما فيما بينه وبين الله تعالى فالمخبر عنه اذا كان كذبا لايصير بالاخبار عنه صدقا فلهذا لايقع شيء ﴿قال﴾ ولو قال لها يابائن أو ياحرام أوما أشبه ذلك من الكلام الذي يشبه الفرقة وهو يريد بذلك ان يسميها تسمية ولا ينوي الطلاق لم تطلق لانا قد بينا في قوله انت بائن انه لايقع الطلاق الا اذا نوى لان اللفظ مبهم محتمل فكذلك في قوله يابائن فاذا قال لم انو الطلاق كان مدينا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وان قال يامطلقة يريد ان يسميها بذلك ولا يريد الطلاق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولم يصدق في القضاء لان اللفظ صريح فوقوع الطلاق به يكون بعينه لا بنيته بخلاف ماسبق الا ان مانواه محتمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى بمنزلة قوله عنيت الطلاق عن الوثاق وكذلك لو قال لعبده ياحر يريد أن يسميه بذلك فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ولكن يعتق به في القضاء ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته هذه اختي فهو صادق في ذلك ولا يقع عليها شيء لان هـذا الكلام محتمل للاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وفي القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هوداً وبالمحتمل لاتثبت الحرمة وعلى هذا لو قال لمملوكه هذا اخي كان صادقا ولم يعتق وان قال هذه امي أو ابنتي من نسب أو رضاع أو قال هي عمتي أو خالتي من نسب أو رضاع فانه يسأل عن ذلك فان ثبت عليه فرق بينهما وان قال كذبت أو توهمت فهي امرأته وقد بينا هذا في كتاب النكاح وذكرنا الفرق بينما اذا قال لمملوكه ولزوجته وكذلك اذا قال يا أماه أو يا بنتاه أو ياعمتاه أو ياخالتاه

أو يا أختاه أو ياجدناه كان هذا باطلا ولاتقع به الفرقة لان في موضع النداء المراد احضارها لا تحقيق ذلك الوصف فيها ألا ترى أنه قد يناديها بما لا يحقق فيها في موضع الاهانة كالكلب والحمار وفي موضع الاكرام كحور العين ونحوه فعرفنا أنه ليس مراده التحقيق وبدون قصد التحقيق لا عمل لهذا الكلام في قطع الزوجية فلهذا لا يقع شيء ﴿قال﴾ قال رجل لامرأته قد وهبت لك طلاقك ولا نية له فهي طالق في القضاء لان معنى كلامه هذا طلقتك بغير عوض فان هبة الشيء من غيره جعله له مجانا ولو قال بعتك طلاقك بكذا فقالت قبلت طلقت فكذلك اذا قال وهبت لك طلاقك تطلق وان لم تقبل لان اشتراط قبولها لأجل البدل وان كان ينوي بذلك أن يكون الطلاق في يدها لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر فان الهبة تزيل ملك الواهب عن الموهوب وبجعل الطلاق في يدها لا يزول ملكه عن الطلاق ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يدين في القضاء لان هبة الشيء من غيره تمليك لذلك الشيء منه في الظاهر فيكون هذا تمليكا للأمر منها فان طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي امرأته ﴿قال﴾ واذا قال لآخر أخبر امرأتي بطلاقها فهي طالق سواء أخبرها به أو لم يخبرها لان حرف الباء للالصاق فيكون معناه أخبرها بما أوقعت عليها من الطلاق موصولا بالايقاع وذلك يقتضي ايقاعا سابقا لا محالة وكذلك لو قال احمل اليها طلاقها أو بشرها بطلاقها فهي طالق بلغها أو لم يبلغها لان معناه بشرها بما أوقعت عليها أو احمل اليها ما أوقعت عليها وكذلك لو قال أخبرها انها طالق أو قل لها انها طالق لان الخبر وان كان يحتمل الصدق والكذب فالأصل فيه الصدق وذلك لايكون الابعد ايقاعه الطلاق عليها وكذلك لو قال لعبده وهبت لك عتقك أو تصدقت عليك بعتقك أو قال لغيره أخبره أنه حر أو بشره بأنه حر أو قل له أنه حر كان حرا لما بينا ﴿قال﴾ واذا أراد أن يطلق امرأته فقالت لاتطلقني هب لى طلاقي فقال قد وهبت لك طلاقك يريد بذلك لااطلقك فهي امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لان كلامه جواب لسؤالها وهي انما سألته الاعراض عن الايقاع وقد أظهر بكلامه أنه اجابها الى ماسألته فلا يكون ذلك ايقاعا منه ولو قال لامرأته قد أعرضت عن طلاقك أو صفحت عن طلاقك يريد بذلك الطلاق لم تطلق لانه نوي ضد كلامه فان الاعراض عن الشيء بترك الخوض فيه وهو ضد الايقاع ولو قال قد تركت طلاقك أو قد خليت

طلاقك أوقد خليت سبيل طلاقك وهو يريد بذلك الطلاق فهى طالق لان هذا الكلام محتمل يجوز أن يكون مراده تركها بطريق الاعراض عن التصرف فيها ويجوز أن يكون المراد تركتها بأن أخرجتها من يدي بالايقاع فينوى فيه فان لم ينو الطلاق فليس بشئ وان نوى الطلاق فهو طلاق بمنزلة الكنايات ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق كل يوم فان لم يكن له نية لم تطلق الا واحدة عندنا وعند زفر تطلق ثلاثا فى ثلاثة أيام لان قوله أنت طالق ايقاع وكلمة كل تجمع الاسماء فقد جعل نفسه موقعا للطلاق عليها فى كل يوم وذلك تجدد الوقوع حتى تطلق ثلاثا ألا ترى أنه لو قال أنت طالق فى كل يوم طلقت ثلاثا فى كل يوم واحدة ولكنا نقول كلامه صفة وقد وصفها بالطلاق فى كل يوم وهى بالتطليقة الواحدة تتصف به فى الأيام كلها وانما جعلنا كلامه ايقاعا لضرورة تحقيق الوصف وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة ألا ترى أنه لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق الا واحدة بخلاف قوله فى كل يوم لان حرف فى للظرف والزمان طرف للطلاق من حيث الوقوع فيه فما يكون اليوم طرفا له لا يصلح الغد ظرفا له فيتجدد الايقاع لتحقيق مااقتضاه حرف فى وفي قوله كل يوم ان قال أردت أنها طالق كل يوم تطليقة أخرى فهو كما نوى وتطلق ثلاثا في ثلاثة أيام إما لانه أضمر حرف فى أو لانه أضمر التطليقة فكانه قال أنت طالق كل يوم تطليقة ﴿قال﴾ وكذلك لو قال أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد فان لم يكن له نية فهى واحدة لان بوقوع الواحدة عليها تتصف بالطلاق فى هذه الايام وان نوى ثلاثا فهو كما نوى وهي طالق كل يوم واحدة حتى تستكمل ثلاثا في اليوم الثالث إما لاضمار حرف فى أو لاضمار التطليقة ﴿قال﴾ وان قال أنت طالق مالا يجوز عليك من الطلاق أو مالا يقع عليك من الطلاق فهي طالق واحدة رجعية لان آخر كلامه لغو فانه ليس فيما يملكه الزوج عليها طلاق موصوف بما ذكر وكذلك ان قال أنت طالق ثلاثا لا يقعن عليك أو ثلاثا لا يجزن عليك فهى طالق ثلاثا لما بينا وفى النوادر قال أنت طالق اقبح الطلاق قال عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تطلق تطليقة رجعية وعند محمد رحمه الله تعالى تطلق تطليقة بائنة لانه جعل القبح صفة للطلاق وذلك هو الطلاق المزيل للملك وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول قد يكون القبح بالايقاع فى غير وقت السنة فلا تثبت صفة البينونة بالشك ﴿قال﴾ ولو قال أنت طالق ثلاثا وأنا بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل والطلاق واقع لان اشتراط الخيار للفسخ بعد الوقوع لا للمنع عن الوقوع

والطلاق لايحتمل الفسخ بعد وقوعه فيلغو شرط الخيار فيه والعتق كذلك ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته اذهبي فتزوجي فان كان نوى طلاقا فهو طلاق وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فواحدة بائنة وان لم يكن له نية فليس بشئ لان كلامه محتمل فلا يتعين معنى الطلاق فيه الا بالنية وهو محتمل للطلاق لانه ألزمها الذهاب من بيته وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه لو قال لها افلحي أواستفلحي ينوى به الطلاق فهو بمنزلة قوله اذهبي لأن العرب تقول افلح بخير اى اذهب بخير وكذلك لو قال استفلحي لان معناه اطلبي خلا فكان هذا وقوله تزوجي سواء والله أعلم

﴿باب طلاق الأخرس﴾

﴿قال﴾ واذا طلق الأخرس امرأته في كتاب وهو يكتب جاز عليه من ذلك مايجوز على الصحيح في كتابه لان الاخرس عاجز عن الكلام وهو قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء والاصل ان البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان لان المكتوب حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان ثم الكتاب على ثلاثة أوجه (أحدها) ان يكتب طلاقا أو عتاقا على مالايتبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء فلا يقع به شيء نوى أو لم ينو لان مثل هذه الكتابة كصوت لايتبين منه حروف ولو وقع الطلاق لوقع بمجرد نيته وذلك لايجوز (والثاني) ان يكتب طلاق امرأته على مايتبين فيه الخط ولكن لاعلى رسم كتب الرسالة فهذا ينوى فيه لان مثل هذه الكتابة قد تكون للايقاع وقد تكون لتجربة الخط والقلم والبياض وفيه ينوى كما في الالفاظ التي التي تشبه الطلاق فان كان صحيحاً تبين نيته بلسانه وان كان أخرس تبين نيته بكتابه (والثالث) ان يكتب على رسم كتب الرسالة طلاق امرأته أو عتاق عبده فيقع الطلاق والعتاق بهذا في القضاء وان قال عنيت به تجربة الخط لايدين في القضاء لانه خلاف الظاهر وهو نظير مالو قال انت طالق ثم قال عنيت الطلاق من وثاق ثم ينظر الى المكتوب فان كان كتب امرأته طالق فهى طالق سواء بعث الكتاب اليها أو لم يبعث وان كان المكتوب اذا وصل اليك كتابي هذا فانت طالق فما لم يصل اليها لايقع الطلاق كما لو تكلم

بما كتب فان ندم على ذلك فمحي ذكر الطلاق من كتابه وترك ماسوى ذلك وبعث بالكتاب اليها فهي طالق اذا وصل اليها الكتاب لوجود الشرط ومحوه كرجوعه عن التعليق فان محي الخطوط كلها وبعث بالبياض اليها لم تطلق لان الشرط لم يوجد فان ماوصل اليها ليس بكتاب ولو جحد الزوج الكتاب وأقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء لان الثابت بالبينة عليه كالثابت باقراره وان كان الاخرس لايكتب وكانت له اشارة تعرف في طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه فهو جائز استحسانا وفي القياس لايقع شئ من ذلك باشارته لانه لايتبين باشارته حروف منظومة فبقي مجرد قصده الايقاع وبهذا لا يقع شئ الا ترى ان الصحيح لو أشار لايقع شئ من التصرفات باشارته ولكنه استحسن فقال الاشارة من الأخرس كالعبارة من الناطق ألا ترى أن في العبادات جعل هكذا حتى اذا حرك شفتيه بالتكبير والقرآن جعل ذلك بمنزلة القراءة من الناطق فكذلك في المعاملات وهذا لاجل الضرورة لانه محتاج الى مايحتاج اليه الناطق فلو لم تجعل اشارته كعبارة الناطق أدى الى أن يموت جوعا وهذه الضرورة لاتأتي في حق الناطق ولهذا قلنا المريض وان اعتقل لسانه لاينفذ تصرفه باشارته لانه لم يقع اليأس عن نطقه واقامة الاشارة مقام العبارة عند وقوع اليأس عن النطق لاجل الضرورة وان لم تكن له اشارة معروفة يعرف ذلك منه أو يشك فيه فهو باطل لانه لا يوقف على مراده بمثل هذه الاشارة فلا يجوز الحكم بها ولم يذكر في الكتاب حكم الطلاق بالفارسية وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الفارسي اذا قال لامرأته هسته أو قال از زنى هسته ينوي في ذلك فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فواحدة رجعية ويستوى ان كان في حال مذاكرة الطلاق أو لم يكن وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان قال هسته ينوي فيه ولو قال از زني هسته فهي تطليقة رجعية الا أن ينوي ثلاثا وعند محمد رحمه الله تعالى في قوله بهستمت أو ازرني بهستمت انه طلاق وكأنهم جعلوا هذا اللفظ تفسيراً للتخلية ولهذا قال زفر رحمه الله تعالى يكون الواقع به بائنا ولكن أبو حنيفة وأبويوسف رحمهما الله تعالى قالا يحتمل أن يكون هذا في معنى التخلية فيكون الواقع به بائنا ويحتمل أن يكون هذا معنى لفظ آخر فلا تثبت البينونة بالشك ولكنا نقول نحن أعرف بلغتنا منهم والواقع بهذا اللفظ عندنا تطليقة رجعية سواء نوى الطلاق أو لم ينو أو نوى الثلاث أو لم ينو لان هذا اللفظ

فى لساننا صريح بمنزلة الطلاق فى لسان العرب وانما معنى تفسير التخلية بله كردم فينوى في ذلك والحاصل أن كل لفظ لا يستعمل الامضافا الى النساء فهو صريح وكل مايستعمل فى النساء وغير النساء فهو بمنزلة الكناية ينوى فيه فقوله بله كردم يستعمل فى غير النساء كما يستعمل في النساء فأما قوله هسته أو بهستمت لا يستعمل الا فى النساء فيكون صريحا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الشهادة فى الطلاق

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا شهد شاهدان أنه طلق احدى امرأتيه بعينها وقالا قد سماها لنا لكنا نسيناها فشهادتهما باطلة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تقبل شهادتهما ويحال بينه وبينهما اذا شهدا بالثلاث حتى يبين المطلقة منهما لان الثابت بشهادتهما كالثابت باقرار الزوج ولو أقر أنه طلق احداهما بعينها وقال قد نسيتها امر أن لا يقرب واحدة منهما حتى يتذكر وهذا لان الشهادة على الطلاق مقبولة من غير دعوى وانما تنعدم الدعوى اذا لم يعرفا المطلقة منهما فوجب قبول شهادتهما بقدر ماحفظا من كلام الزوج ولكنا نقول قد أقرا على أنفسهما بالغفلة وبأنهما ضيعا شهادتهما ولان القاضى اما أن يقضى بطلاق إحداهما بغير عينها فيكون هذا قضاء بغير ماشهدا أو يقضي بطلاق احداهما بعينها ولا يتمكن من ذلك بهذه الشهادة لانهما لم يعينا وليست احداهما بأولى من الأخرى فاذا تعذر القضاءبها بطلت الشهادة لانها لاتكون موجبة بدون القضاء بخلاف اقرار الزوج فانه موجب بنفسه قبل أن يتصل به القضاء فكان ملزما اياه البيان وان شهدا أنه طلق احداهما بغير عينها ففى القياس لاتقبل هذه الشهادة أيضا لان المشهود له مجهول وجهالة المشهود له تمنع صحة الشهادة ولكنه استحسن فقال تقبل الشهادة ويجبر على أن يوقع الطلاق على احداهما لان الجهالة فى المشهود له لاتمنع صحة الشهادة لعينها بل لانعدام الدعوى فان الدعوى من المجهول لاتحقق وهذا لا يوجد فى الطلاق فان الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعوي وهما أثبتا بشهادتهما قول الزوج احداهما طالق فكأن القاضي سمع ذلك من الزوج فيجبره على أن يوقع على احداهما ﴿ قال ﴾ واذا قال الرجل فلانة بنت فلان طالق وسمى امرأته ونسبها ثم قال عنيت بذلك امرأة أجنبية على ذلك الاسم والنسب لم يصدق والطلاق واقع على امرأته فى

القضاء لان كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن وله ولاية الايقاع على امرأته دون الاجنبية فلايصدق فيما يدعى من الغاء كلامه في القضاء ولكن يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن ماقاله محتمل ويجوز أن يكون مراده أن فلانة طالق من زوجها على سبيل الحكاية أوعلى سبيل الايقاع فيكون موقوفا على اجازة الزوج ولايسع امرأته ان تقيم معه لانها مأمورة باتباع الظاهر كالقاضى فان قال هذه المرأة التى عنيتها امرأتى وصدقته فى ذلك وقع الطلاق عليها لاقرار الزوج بانها هي المطلقة ولم يصدق على ابطال الطلاق عن المرأة المعروفة بذلك لانها تعينت للطلاق فى الحكم وهو متهم فى صرف الطلاق عنها فلا يصدق الا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بطلاقها أو على اقرارهما قبل ذلك فحينئذ يقع الطلاق عليها دون المعروفة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو كان تحته معروفتان على اسم ونسب واحد فطلق بذلك الاسم والنسب كان البيان اليه يوقع الطلاق على أيتهما شاء فكذلك هنا وكذلك ان صدقته المرأة المعروفة بذلك وفى هذا نوع اشكال فان المعروفة متهمة في هذا التصديق كما ان الزوج متهم فى الاقرار ولكنه لم يعتبر هذا الجانب لان الحق لهما وقد تصادقا على قيام النكاح بينهما باعتبار أمر محتمل ولو تصادقا علي النكاح ابتداء ثبت في الحكم بتصادقهما فكذلك اذا تصادقا على بقاء النكاح بينهما ﴿قال﴾ وان قال فلانة طالق وذلك اسم امرأته طلقت امرأته ولم يصدق على صرف الطلاق عنها لان كلامه ايقاع وله ولاية الايقاع على زوجته وقد بينا ان كلام العاقل محمول على الصحة فتعينت زوجته لهذا والعتاق في هذا قياس الطلاق وهذا بخلاف الاقرار اذا قال لفلان على ألف درهم فجاء رجل على ذلك الاسم وادعى المال لم يلزمه المال الا أن يشهد الشهود على اقراره أنه عناه لان الاقرار من المقر تصرف فى ذمته من حيث الالتزام فلا يتعين المقر له الا بدليل موجب للتعين وذلك اشارته اليه واقراره أنه عناه فأما الطلاق والعتاق تصرف على المحل بالايقاع وزوجته ومملوكته متعينة لذلك توضيحه ان جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار وبمجرد ذكر الاسم لا ترتفع الجهالة وجهالة المطلقة والمعتقة لا تمنع صحة الايقاع ولان المال بالشك لا يستوجب والطلاق والعتاق يؤخذ فيهما بالاحتياط وكذلك في الاقرار ولو قال لفلان بن فلان على ألف درهم فالمقر له بهذا القدر لا يصير معلوما كما فى الدعوى والشهادة بذكر اسمه واسم أبيه لا يصير معلوما الا بذكر اسم جده أو بنسبه الى فخذ أو يشير اليه فحينئذ يصير

معلوما ويلزمه المال له بالاقرار ﴿ قال ﴾ واذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا وجحد الزوج والمرأة ذلك فرق بينهما لان المشهود به حرمتها عليه والحل والحرمة حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليه من غير دعوى كما لو شهدوا بحرمتها عليه والحل والحرمة حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة وهذا لانهم يشهدون ان وطأه اياها بعد هذا زنا والشهادة على الزنا تقبل من غير دعوى فكذلك على ما يتضمن معنى الزنا وعلى هذا الشهادة على عتق الامة تقبل من غير دعوى وفى الشهادة على عتق العبد اختلاف عند أبي حنيفة لا تقبل من غير دعوى وعندهما تقبل على ما نبينه في كتاب العتاق ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ واذا كان له امرأتان احداهما نكاحها صحيح الاخرى نكاحها فاسد واسمهما واحد وقال فلانة طالق ثم قال عنيت التى نكاحها فاسد لم يصدق فى القضاء لانها بالنكاح الفاسد لم تصر محلا لوقوع طلاقه عليها فهى كالاجنبية والتي نكاحها صحيح محل لوقوع طلاقه عليها فطلاق الاسم يتناولها ولا يصدق في صرفه عنها في القضاء وان كان يصدق فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نويت أجنبية وكذلك لو قال احدي امرأتي طالق لانه أوقع الطلاق بهذا اللفظ على امرأته وهى التى صح نكاحها دون الاخري لان بالنكاح الفاسد لا تصيرهى امرأته فكانه ليس فى نكاحه الا امرأة واحدة فقال احدى امرأتي طالق ولو قال احداكما طالق لم تطلق امرأته الا أن يعينها لانه أوقع الطلاق على احدى اللتين خاطبهما وأشار اليهما واحداهما ليست بمحل لطلاقه فلا تتعين امرأته الا بالنية كما لو جمع بين امرأته وأجنبية وقال احداكما طالق ولو كان في يده عبدان فاشترى أحدهما شراء صحيحاً واشترى الآخر شراء فاسداً فقال أحدكما حر أو أحد عبدى حر فهو سواء والقول قوله فى البيان لان المشترى شراء فاسداً صار مملوكا له بالقبض وصار محلا لعتقه كالمشترى شراء صحيحاً فكان كلامه ايقاعا سواء قال أحد عبدى أو قال احدكما فكان البيان اليه بخلاف الاولى فان التى نكاحها فاسد ليست بمحل لطلاقه ﴿ قال ﴾ وان قال فلانة بنت فلان طالق فسمي امرأته ونسبها الى غير أبيها لم تطلق امرأته لانه ما أوقع الطلاق عليها فانه ما أضافها الى نفسه بالنكاح وما أشار اليها ولا عرفها بذكر نسبها انما ذكر امرأة أخري وأوقع الطلاق عليها بما ذكر من الاسم والنسب فلا يتناول ذلك امرأته كما لو أشار الى أجنبية وقال أنت طالق لم تطلق امرأته وكذلك لو قال فلانة الهمدانية طالق

وامرأته تميمية لم تطلق وكذلك لو قال فلانة العمياء طالق وامرأته صحيحة العينين فان نوى امرأته بهذا كله طلقت لانه قصد الايقاع عليها بذكر اسمها وما زاد على ذلك فضل من الكلام وفي هذا تشديد عليه فتعمل نيته وان كان اسم امرأته زينب فقال فلانة طالق يعنى امرأته وانما قال فلانة ولم يسمها فالطلاق واقع عليها وان لم ينوها لم تطلق لانه أوقع الطلاق بذكر مطلق الاسم ومطلق الاسم كما يتناولها يتناول غيرها فكان هذا بمنزلة الايقاع بلفظ الكناية فينوى فى ذلك لكون اللفظ مبهما محتملا واذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجحد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما وابن أبي ليلى تقبل على الاقل لان المعتبر اتفاق الشاهدين فى المعني دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالنحلى تقبل وقد اتفق الشاهدان على الاقل لان الاقل موجود فى الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعي الأكثر تقبل شهادتهما على الاقل وكذلك لو شهد احدهما أنه قال لها أنت طالق والآخر أنه قال لها أنت طالق وطالق أو شهد احدهما أنه طلقها والآخر أنه طلقها وضربها تقبل شهادتهما على طلاقها لاتفاق الشاهدين عليه ولان الموافقة كما تراعى بين الشاهدين تراعى بين الدعوى والشهادة ثم لو ادعى الفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق فكذلك اذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بالفين ينبغى أن تقبل على الأقل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اختلف الشاهدان فى المشهود به لفظا ومعنى فلا تقبل الشهادة كما لو قال احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انه قال لها انت برية وانما قلنا ذلك لان احدهما شهد بالواحدة والاخر بثنتين أو بثلاث والواحدة أصل العدد لا تركب فيها والاثنان والثلاث إسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ومن حيث ان اللفظ الواحد غير التثنية والجمع والدليل عليه ان مدعي الاثنين أو الثلاثة لا يكون مقراً بالواحد اذ لو كان مقراً بالواحد لكان مرتدا بالشرك بعد ذلك فينبغي ان تقبل ولان التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزياد ونصر وناصر وكذلك فى الالف والألفين واذا ثبتت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضى من القضاء بشئ بخلاف الألف مع الألف

وخمسمائة فانهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر فيحصل الاتفاق بينهما على الألف لفظا ومعنى وكذلك فى قوله طالق وطالق وفى قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فان الاتفاق هناك فى اللفظ ليس بشرط فامابين الشهادتين الموافقة فى اللفظ شرط الا ترى انه لو أدعى الغصب أو القتل وشهد شاهدان بالاقرار به تقبل ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لاتقبل وهذا لان الشهادة تعتمد اللفظ ألا ترى انها لاتقبل مالم يقل اشهد والذى يبطل مذهبهما ماذكر فى كتاب الرجوع لو شهد شاهدان بتطليقة وشاهدان بثلاث تطليقات وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدى الثلاث دون شاهدى الواحدة ولو اعتبر ماقالا ان الواحدة توجد فى الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا وان شهد أحدهما أنه طلقها ان دخلت الدار وأنها قددخلت وشهد الآخر أنه طلقها ان كلمت فلانا وأنها قدكلمت فلانا فشهادتهما باطلة لان كل واحد منهما أوقع الطلاق بغير ما أوقع به صاحبه وانما شهد كل واحد منهما بتعليق آخر من الزوج وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين فان شهد احدهما أنه طلقها ثلاثا وشهد الآخر أنه قال لها أنت علىّ حرام ينوي الثلاث فشهادتهما باطلة لاختلافهما فى المشهود به لفظا وكذلك ان اختلفا فى ألفاظ الكنايات كالخلية والبرية لان هذه الالفاظ عندنا تعمل بحقائق موجباتها فيكون أحدهما شاهداً بالتخلية والآخر بالبراءة وكذلك الاختلاف فى مقادير الشروط التى علق بها الطلاق وفى التعليق والارسال وفى مقادير الجعل وصفاتها وفى اشتراطها وحذفها كل ذلك اختلاف فى المشهود به لفظا ومعنى فيمتنع القضاء بهذه الشهادة لانه ليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يتمكن القاضي من القضاء واذا شهد احدهما أنه قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها وشهد الآخر أنه قال ان دخلت فلانة الدار فهى طالق وحدها وقددخلت فلانة فهي طالق وحدها لانهما اتفقا على أن الشرط دخولها واتفقا أن الجزاء طلاقها انما انفرد أحدهما بزيادة جزاء معطوف على طلاقها فيثبت ما اتفقا عليه ولا يثبت ماانفرد به أحدهما ﴿قال﴾ وتجوز شهادة رجل وامرأتين على طلاق المرأة عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وقد بينا هذا فى النكاح وفى الكتاب قال روي عن عمر رضى الله عنه أنه أجاز شهادة رجل وامرأتين فى النكاح ﴿قال﴾ والطلاق عندنا بمنزلته ولا يجوز أقل من ذلك حتى اذا شهد بالطلاق رجل وامرأة أو شهد

به أربع نسوة ليس معهن رجل لا تقبل لان الطلاق مما يطلع عليه الرجال ﴿قال﴾ ولا يجوز شهادة الولد على أبيه ولا على غيره بطلاق أمه اذا ادعت ذلك أمه لانه شاهد لها والولد متهم فى حق أمه فان قيل لا معتبر بدعواها فى الشهادة على الطلاق ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اذا وجدت الدعوى منها ففي شهادته اظهار صدق دعواها وفيه منفعة لها حتى لو كانت هي تجحد ذلك مع الاب كانت شهادته مقبولة عليهما وعلى هذا لو شهد الاب على طلاق ابنه لا تقبل اذا ادعته ويجوز شهادة الاب مع رجل آخر على ابنه بطلاق امرأته وكذلك شهادة الابن على ابيه اذا لم تكن لأمه والحاصل أن الشهادة على الطلاق بمنزلة الشهادة على سائر الحقوق تقبل من الولد على الوالدين ولا تقبل لهما وتقبل من المسلمين على أهل الذمة ولا تقبل من أهل الذمة على المسلمين ﴿قال﴾ واذا زوج رجل رجل أخته ثم شهد هو وآخر على الزوج بطلاقها تقبل لان شهادة الاخ للأخت بسائر الحقوق مقبولة فكذلك الطلاق وهذا لان الطلاق حادث بعد النكاح لاصنع للأخ فيه فلا يمتنع شهادته عليه بسبب مباشرته للنكاح بخلاف ما لو شهد على أصل النكاح أن المرأة قد أجازته فان شهادته لا تقبل لانه هو المزوج وقد قصد بشهادته تتميم فعله فلا تقبل شهادته لهذا ﴿قال﴾ واذا شهد شاهدان على رجل بالطلاق قبل الدخول فقضى لها بنصف المهر ثم رجعا ضمنا للزوج ذلك إما لانهما قررا عليه ما كان على شرف السقوط بمجيء الفرقة من جانبها والمقرر كالموجب أو لان وقوع الفرقة قبل الدخول مسقط لجميع الصداق الا أن يكون مضافا الى الزوج فهما باضافة السبب الى الزوج وهو الطلاق منعا العلة المسقطة من أن تعمل عملها في النصف فكان ذلك كالايجاب منهما فيضمنان اذا رجعا وان رجع أحدهما ضمن الربع وان كان الشاهد رجلا وامرأتين ثم رجعت امرأة فعليها ثمن المهر وان رجعوا جميعاً فعلى الرجل ربع المهر وعلى كل امرأة ثمن المهر لان الثابت بشهادة الرجل ضعف ما يثبت بشهادة المرأة فان عند الاختلاط كل امرأتين تقومان مقام رجل ثم المعتبر فى الرجوع بقاء من بقي على الشهادة لا رجوع من رجع حتى لو شهد ثلاثة نفر بحق ثم رجع أحدهم لم يضمن شيئاً لانه قد بقي على الشهادة من يثبت جميع الحق بشهادته فان كان الشاهد بالطلاق رجلين وامرأتين ثم رجع رجل وامرأة كان عليهما ثمن المهر أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه قد بقي على الشهادة من يقوم ثلاثة أرباع الحق به فانما انعدمت الحجة فى قدر الربع فلهذا ضمنا ذلك

القدر أثلاثا فان رجعت المرأة الاخرى أيضا لزمها مع الراجعين الاولين ربع المهر لانه قد بقي على الشهادة رجل وهو يقوم بنصف الحق ثم نصف هذا الربع على الرجل الراجع ونصفه على المرأتين وان رجعوا جميعا كان على المرأتين سدس المهر وعلى الرجلين الثلث لان الثابت بشهادة كل رجل مثل الثابت بشهادة المرأتين ﴿قال﴾ وان شهد رجلان بالدخول ورجلان بالطلاق فالزم القاضي الزوج كمال المهر ثم رجع شاهدا الطلاق فلا شئ عليهما عندنا وعلى قول الشافعي عليهما ضمان مهر المثل لان شاهدى الدخول ثابتان على الشهادة فصار كان الدخول ثابت باقرار الزوج فبقيت شهادة الآخرين بالطلاق بعد الدخول وذلك غير موجب للضمان عليهما اذا رجعا عندنا لان البضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم واتلاف ما ليس بمتقوم لايوجب الضمان عليهما وعنده البضع متقوم عند خروجه من ملك الزوج بمهر المثل كما انه متقوم عند دخوله فى ملك الزوج وقد بينا الفرق بينهما فى كتاب النكاح ثم نقول لما كان جميع المهر يثبت بشهادة شاهدي الدخول وهما ثابتان على الشهادة لم يضمن الراجعان شيئا وان رجع شاهدا الدخول ولم يرجع شاهدا الطلاق فعليهما نصف المهر لانه قد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته نصف المهر ألا ترى أنه لولم يوجد شاهدا الدخول كان القاضي يقضي بنصف المهر بشهادة شاهدى الطلاق فانما انعدمت الحجة برجوعهما في نصف المهر فيضمنان ذلك وان رجع أحد شاهدى الدخول وأحد شاهدى الطلاق لم يكن على شاهد الطلاق شئ لان الثابت بشهادته وشهادة صاحبه نصف المهر وقد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع المهر وهو أحد شاهدى الدخول وأحد شاهدى الطلاق فلهذا لا يضمن شاهد الطلاق شيئا ويضمن شاهد الدخول ربع المهر لان الحجة قد انعدمت فى قدر الربع وحقيقة المعنى فيه أن نصف المهر ثابت بشهادة شاهدى الدخول خاصة والنصف الآخر ثابت بشهادة الاربعة فالنصف الذى هو ثابت بشهادتهم قد بقي كمال الحجة فيه ببقاء اثنين على الشهادة والنصف الذى قد ثبت بشهادة شاهدى الدخول بقي نصفه ببقاء أحدهما على الشهادة وانعدمت الحجة فى نصفه فلهذا ضمن شاهد الدخول ربع المهر وان رجع شاهدا الطلاق مع احدى شاهدي الدخول كان عليهم ضمان نصف المهر لانه قد بقي من يثبت بشهادته نصف المهر وهو أحد شاهدى الدخول فانما انعدمت الحجة في النصف نصف هذا النصف علي شاهد الدخول والنصف الآخر عليهم أثلاثا لان نصف المهر ثبت بشهادة شاهدي

الدخول وقد بقي نصفه ببقاء أحدهما فيجب نصفه على الآخر والنصف الآخر يثبت بشهادة الاربعة وقد بقي واحد على الشهادة فيبقي نصف ذلك النصف ببقائه وتنعدم الحجة في نصفه فيكون عليهم اثلاثا وان رجعوا جميعا كان على شاهدى الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شاهدى الطلاق ربع المهر لان النصف يثبت بشهادة شاهدى الدخول خاصة فضمان ذلك عليهما اذا رجعا والنصف الآخر يثبت بشهادة الاربعة فيكون عليهم أرباعا نصفه على شاهدى الدخول ونصفه على شاهدي الطلاق ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد واحد على الطلاق فسألت المرأة القاضى أن يضعها على يدى عدل حتى تأتى بشاهد آخر لم يفعل ذلك ودفعها الى زوجها حتي تأتى ببقية شهودها لان قيام النكاح والحل بينهما معلوم وبشهادة الواحد لم يثبت سبب الحرمة لانها شطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شئ من الحكم فيتمسك القاضي بما كان معلوما له حتى يثبت عنده العارض فان كان الطلاق ثلاثا أو بائنا وادعت أن بقية شهودها في المصر وشاهدها هذا عدل حال بينها وبين الزوج وأجلها ثلاثة أيام حتى ينظر ماتصنع في شاهدها الآخر وهذا استحسان وفى القياس لايحول بينه وبينها لان الحجة لم تتم ولكنه استحسن فقال للشهادة طرفان العدد والعدالة ولو وجد تمام العدد تثبت به الحيلولة قبل ظهور العدالة بأن شهد رجلان مستوران فكذلك اذا وجدت العدالة وهذا لان الذى يسبق الى وهم كل أحد أن العدل صادق فى شهادته وباب الفرج مبنى على الاحتياط وليس في هذه الحيلولة كثير ضرر علي الزوج ولكن مع هذا لاتكون هذه الحيلولة واجبة على القاضى بل ان فعل فحسن وان لم يفعل ودفعها الى الزوج فلا بأس لان حجة القضاء به لم تتم ألا ترى أنه لو قضى بشهادة الواحد لم ينفذ قضاؤه ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد على تطليقة بائنة وشهد آخر على تطليقة رجعية فشهادتهما جائزة على تطليقة رجعية لانهما اتفقا على أصل الطلاق وانما تفرد أحدهما بزيادة صفة البينونة فلايثبت ماانفرد به أحدهما والدليل لهما على أبي حنيفة رحمه الله فى الثلاث مع الواحدة يقولان تفرد أحدهما بالبينونة الغليظة كتفرد أحدهما بالبينونة الخفيفة وعند أبي حنيفة الطلاق اذا قرن بالعدد كان العامل هو العدد وكل واحد منهما شاهد بالوقوع بلفظ آخر هناك فاما هنا وان الحق صفة البينونة بالطلاق فوقوع الطلاق يكون بلفظ الطلاق وقد اتفق الشاهدان عليه لفظا توضيحه ان بصفة البينونة لايتغير اصل الطلاق الا ترى ان بمضي العدة ينقلب الرجعي بائنا فاما بانضمام الثاني والثالث

يتغير حكم أصل الطلاق ولو شهد أحدهما على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة جازت شهادتهما فى الواحدة لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعني ولو شهد أحدهما علي انه طلقها واحدة وشهد الآخر انه طلقها واحدة وعشرين أو واحدة ونصفا فقد اتفقا على الواحدة فى لفظهما وتكلما بها انما تفرد أحدهما بزيادة لفظ آخر معطوف على لفظ الواحد فيثبت ما اتفقا عليه وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبينما اذا شهد أحدهما بواحدة والآخر باحد عشر قال هناك أحد عشر اسم واحد لانعدام حرف العطف فالشاهد بها لا يكون شاهدا بالواحدة لفظا فاما واحدة وعشرون اسمان بينهما حرف العطف فالشاهد بها شاهد بالواحدة لفظا ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما انه طلقها واحدة وشهد الآخر انه طلقها نصف واحدة أو شهد أحدهما على نصف واحدة والآخر على ثلث واحدة لم تقبل الشهادة عند ابى حنيفة رحمه الله وتقبل عندهما لان المعتبر عندهما الاتفاق فى المعنى وقد وجد فان نصف التطليقة وثلثها كلها وعند ابى حنيفة يعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى وبين النصف والكل مغايرة على سبيل المضادة وكذلك النصف غير الثلث فلم يوجد اتفاق الشاهدين لفظاً فلهذا قال لا تقبل الشهادة وان شهد أحدهما أنه قال فلانة طالق لا بل فلانة وشهد الآخر أنه قال فلانة طالق يسمى الأولى فقد جازت الشهادة على طلاق الأولى لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى وما تفرد أحدهما من الزيادة لم يثبت وان شهد أحدهما أنه قال أنت طالق الطلاق كله وشهد الآخر أنه قال أنت طالق بعض الطلاق فعندهما يقضى بتطليقة واحدة لاتفاق الشاهدين عليها معني وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاتقبل هذه الشهادة لاختلافهما لفظاً والمغايرة بين الكل والبعض على سبيل المضادة ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما أنه قال لها أنت طالق وشهد الآخر انه اقر انه طلقها فالشهادة جائزة لان الطلاق قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة فاختلاف الشهود فى الانشاء والاقرار لايكون اختلافا في المشهود به وكذلك ان اختلفا فى المكان والزمان لان القول مما يعاد ويكرر ويكون الثانى هو الاول فباختلافهما في المكان والزمان لايختلف المشهود به لفظا بخلاف الافعال كالغصب والقتل ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما أنه طلقها بمكة يوم النحر وشهد الآخر أنه طلقها فى ذلك اليوم بالكوفة كانت شهادتهما باطلة لا لان المشهود به مختلف ولكن لانا تيقنا بكذب أحدهما فان الشخص الواحد فى يوم واحد لا يكون بمكة والكوفة واذا كانت تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن بالكذب أولى ولا

الدخول وقد بقي نصفه ببقاء أحدهما فيجب نصفه على الآخر والنصف الآخر ثبت بشهادة الاربعة وقد بقي واحد على الشهادة فيبقي نصف ذلك النصف ببقائه وتنعدم الحجة في نصفه فيكون عليهم اثلاثا وان رجعوا جميعا كان على شاهدى الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شاهدى الطلاق ربع المهر لان النصف يثبت بشهادة شاهدى الدخول خاصة فضمان ذلك عليهما اذا رجعا والنصف الآخر ثبت بشهادة الاربعة فيكون عليهم أرباعا نصفه على شاهدى الدخول ونصفه على شاهدى الطلاق ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد واحد على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يدى عدل حتي تأتي بشاهد آخر لم يفعل ذلك ودفعها الى زوجها حتي تأتي ببقية شهودها لان قيام النكاح والحل بينهما معلوم وبشهادة الواحد لم يثبت سبب الحرمة لانها شطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شئ من الحكم فيتمسك القاضي بما كان معلوما له حتى يثبت عنده العارض فان كان الطلاق ثلاثا أو بائنا وادعت أن بقية شهودها في المصر وشاهدها هذا عدل حال بينها وبين الزوج وأجلها ثلاثة أيام حتي ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر وهذا استحسان وفي القياس لا يحول بينه وبينها لان الحجة لم تتم ولكنه استحسن فقال للشهادة طرفان العدد والعدالة ولو وجد تمام العدد ثبت به الحيلولة قبل ظهور العدالة بأن شهد رجلان مستوران فكذلك اذا وجدت العدالة وهذا لان الذى يسبق الى وهم كل أحد أن العدل صادق فى شهادته وباب الفرج مبنى على الاحتياط وليس في هذه الحيلولة كثير ضرر علي الزوج ولكن مع هذا لا تكون هذه الحيلولة واجبة على القاضي بل ان فعل فحسن وان لم يفعل ودفعها الى الزوج فلا بأس لان حجة القضاء لم تتم ألا ترى أنه لو قضى بشهادة الواحد لم ينفذ قضاؤه ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد على تطليقة بائنة وشهد آخر على تطليقة رجعية فشهادتهما جائزة على تطليقة رجعية لانهما اتفقا على أصل الطلاق وانما تفرد أحدهما بزيادة صفة البينونة فلا يثبت ما انفرد به أحدهما والدليل لهما على أبي حنيفة رحمه الله في الثلاث مع الواحدة يقول لان تفرد أحدهما بالبينونة الغليظة كتفرد أحدهما بالبينونة الخفيفة وعند أبي حنيفة الطلاق اذا قرن بالعدد كان العامل هو العدد وكل واحد منهما شاهد بالوقوع بلفظ آخر هناك فاما هنا وان الحق صفة البينونة بالطلاق فوقوع الطلاق يكون بلفظ الطلاق وقد اتفق الشاهدان عليه لفظا توضيحه ان بصفة البينونة لا يتغير اصل الطلاق الا ترى ان بمضى العدة ينقلب الرجعي بائنا فاما بانضمام الثاني والثالث

يتغير حكم أصل الطلاق ولو شهد أحدهما على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة جازت شهادتهما في الواحدة لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ولو شهد أحدهما على انه طلقها واحدة وشهد الآخر انه طلقها واحدة وعشرين أو واحدة ونصفا فقد اتفقا على الواحدة في لفظهما وتكلما بها انما تفرد أحدهما بزيادة لفظ آخر معطوف على لفظ الواحد فيثبت ما اتفقا عليه وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبينما اذا شهد أحدهما بواحدة والآخر باحد عشر قال هنالك أحد عشر اسم واحد لانعدام حرف العطف فالشاهد بها لايكون شاهدا بالواحدة لفظا فاما واحدة وعشرون اسمان بينهما حرف العطف فالشاهد بها شاهد بالواحدة لفظا ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما انه طلقها واحدة وشهد الآخر انه طلقها نصف واحدة أو شهد أحدهما على نصف واحدة والآخر على ثلث واحدة لم تقبل الشهادة عند ابى حنيفة رحمه الله وتقبل عندهما لان المعتبر عندهما الاتفاق في المعنى وقد وجد فان نصف التطليقة وثلثها كما لها وعند ابى حنيفة يعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى وبين النصف والكل مغايرة على سبيل المضادة وكذلك النصف غير الثلث فلم يوجد اتفاق الشاهدين لفظا فلهذا قال لا تقبل الشهادة وان شهد أحدهما أنه قال فلانة طالق لا بل فلانة وشهد الآخر أنه قال فلانة طالق يسمى الأولى فقد جازت الشهادة على طلاق الأولى لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى وما تفرد أحدهما من الزيادة لم يثبت وان شهد أحدهما أنه قال أنت طالق الطلاق كله وشهد الآخر أنه قال أنت طالق بعض الطلاق فعندهما يقضي بتطليقة واحدة لاتفاق الشاهدين عليها معنى وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاتقبل هذه الشهادة لاختلافهما لفظا والمغايرة بين الكل والبعض على سبيل المضادة ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما أنه قال لها أنت طالق وشهد الآخر انه اقر انه طلقها فالشهادة جائزة لان الطلاق قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة فاختلاف الشهود في الانشاء والاقرار لايكون اختلافا في المشهود به وكذلك ان اختلفا في المكان والزمان لان القول مما يعاد ويكرر ويكون الثانى هو الاول فباختلافهما في المكان والزمان لايختلف المشهود به لفظا بخلاف الافعال كالغصب والقتل ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما أنه طلقها بمكة يوم النحر وشهد الآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة كانت شهادتهما باطلة لا لان المشهود به مختلف ولكن لانا تيقنا بكذب أحدهما فان الشخص الواحد في يوم واحد لايكون بمكة والكوفة واذا كانت تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن بالكذب أولى ولا

يقال هذا يتحقق في كرامات الاولياء لان مثل ذلك الولي لايجحد ما اوقع من الطلاق حتى يحتاج الى إثباته عليه بالبينة ولانا نبني الاحكام على الظاهر ﴿قال﴾ ولو شهدا بذلك على يومين متفرقين بينهما من الايام قدر مايسير الراكب من الكوفة الى مكة تقبل شهادتهما لان تهمة الكذب ها منفية لظهور عدالتهما وانما تعدد مكان ماشهدا به وباختلاف المكان لا يختلف المشهود به وهو الطلاق ﴿قال﴾ ولو شهد شاهدان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة وشهد شاهدان أنه طلق زينب يوم النحر بمكة أو أعتق عبده فشهادتهم جميعاً باطلة لان القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فتعذر عليه العمل بشهادتهما ﴿قال﴾ فان جاءت إحدى البينتين قبل صاحبتها فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت اليها لان الاولى تأكدت بقضاء القاضي فتعين الكذب في الأخرى إذ لا يجوز نقض القضاء بالشك وهو نظير مالو ادعى رجلان نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما البينة واستويا لم يقض القاضي لواحد منهما ولو سبق احدهما باقامة البينة وقضى له ثم أقام الآخر البينة لم تقبل بينته لهذا المعنى ﴿قال﴾ ولو قال لامرأتين له ايتكما أكلت هذا الطعام فهي طالق فجاءت كل واحدة منهما بالبينة أنها أكلته فشهادتهم جميعا باطلة لتيقننا بكذب أحد الفريقين فالشرط أكل جميع الطعام من واحدة ولا يتصور أن تأكل كل واحدة منهما جميع الطعام فان جاءت احدى البينتين قبل الاخرى فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها لان بقضائه تعين معنى الصدق في شهادة الفريق الاول فيتعين معنى الكذب في شهادة الفريق الثاني وان كانتا أكلتاه لم تطلق واحدة منهما لان الشرط أكل الواحدة جميع الطعام فان كلمة أي تتناول كل واحدة من المخاطبتين على الانفراد وقد بينا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب طلاق المريض

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا طلق المريض امرأته ثلاثا أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس وهو أحد أقاويل الشافعي رضي الله تعالى عنه وفي الاستحسان ترث منه وهو قولنا وقال ابن أبي ليلى وان مات بعد انقضاء عدتها ترث منه مالم تتزوج بزوج آخر وهو قول الشافعي رضي الله تعالى عنه وقال مالك رحمه الله وان مات

بعد ما تزوجت بزوج آخر فلها الميراث منه وجه القياس أن سبب الارث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات والحكم لا يثبت بدون السبب كما لو كان طلقها قبل الدخول ولان الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجية أخرى ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان فى صحته أو فى مرضه فكذلك اذا انقطعت الزوجية ولكنا استحسنا لا تفاق الصحابة رضى الله تعالى عنهم فقد روى ابراهيم رحمه الله تعالى قال جاء عروة البارقى الى شريح من عند عمر رضى الله تعالى عنه بخمس خصال منهن اذا طلق المريض امرأته ثلاثا ورثته اذا مات وهى فى العدة وعن الشعبى أن أم البنين بنت عيينة بن حصن الفزارى كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله عنه ففارقها بعد ما حوصر فجاءت الى علي رضي الله عنه بعد ما قتل وأخبرته بذلك فقال تركها حتى اذا أشرف على الموت فارقها وورثها منه وان عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه طلق امرأته تماضر آخر التطليقات الثلاث فى مرضه فورثها عثمان رضى الله عنه وقال ما اتهمته ولكني أردت السنة وعن عائشة رضى الله عنها أن امرأة الفار ترث ما دامت فى العدة وعن أبيّ بن كعب رضى الله عنه أنها ترث ما لم تتزوج وقال ابن سيرين كانوا يقولون من فر من كتاب الله تعالى رد اليه يعنى هذا الحكم والقياس يترك باجماع الصحابة رضى الله عنهم فان قيل لا اجماع هنا فقد قال ابن الزبير رضى الله عنه فى حديث تماضر لو كان الامر الى لما ورثتها وقال عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ما طلقتها ضراراً ولا فراراً قلنا معنى قول ابن الزبير رضى الله عنه ما ورثتها أي لجهلى بوجه الاستحسان فتبين انه كان يخفى عليه مالم يخف على عثمان رضي الله عنه وفى بعض الروايات انها سألته الطلاق فمعنى قولها ما ورثتها لانها سألته الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضى الله عنه اياها بعد سؤالها الطلاق دليل على انه كان يورثها قبله وقد قيل ماسألته الطلاق ولكنه قال لها اذا طهرت فآذنيني فلما طهرت آذنته وبهذا لا يسقط ميراثها وابن عوف رضى الله عنه لم ينكر التوريث انما نفى عن نفسه تهمة الفرار حتى روي ان عثمان رضي الله عنه عاده فقال لومت ورثتها منك فقال أنا أعلم ذلك ماطلقتها ضرارا ولا فرارا والمعنى فيه انه قصد ابطال حقها عن الميراث بقوله فيرد عليه قصده كما لو وهب جميع ماله من انسان وانما قلنا ذلك لان بمرض الموت تعلق حق الورثة بماله ولهذا يمنع عن التبرع بما زاد على الثلث ثم استحقاق الميراث بالسبب والمحل فاذا كان تصرفه فى المحل يجعل

كالمضاف الى ما بعد الموت حكما ابقاء لحق الوارث فتصرفه بالسبب بالرفع يجعل كالمضاف الى ما بعد الموت حكما بل أولى لان الحكم يضاف الى السبب دون المحل واذا صار كالمضاف كان النكاح بينهما قائماً عند الموت حكما ولهذا قال ابن أبي ليلى رضى الله تعالى عنه ان عدتها في حق الميراث لا تنقضى حتى ان لها الميراث مالم تتزوج فاذا تزوجت فهي التى رضيت بسقوط حقها ولما ذلك كما لو سألته الطلاق فى الابتداء ولكنا نقول لما انقضت عدتها حل لها أن تتزوج وذلك دليل حكمي مناف للنكاح الاول فلا يبقى معه النكاح حكما كما لو تزوجت وهو نظير وجوب الصلاة على التى انقطع دمها فيما دون العشرة بمضى الوقت يجعل كاداء الصلاة فى الحكم بانقضاء العدة وما قاله مالك من بقاء الميراث بعد التزوج بعيد لان المرأة الواحدة لا ترث من زوجين بحكم النكاح وما قاله يؤدى الى هذا ثم بعد انقضاء العدة يكون مسقطاً حقها بعوض فانها تقدر على أن تتزوج بزوج آخر فتستحق ميراثه وذلك صحيح من المريض كما لو باع ماله بمثل قيمته فاما قبل انقضاء العدة يكون هذا ابطالا لحقها بغير عوض لانها لا تقدر على التزوج وهذا بخلاف النسب فانه لا ينقطع بمجرد قوله انما ينقطع بقضاء القاضى باللعان وذلك أمر حكمى ثم النسب بعد ثبوته لا ينقطع ولكن يتبين بنفيه أنه لم يكن ثابتا فى ولد أم الولد فيتبين أنه لم يكن له حق في ماله ولكن الكلام من حيث المعنى ليس بقوى فان بعد ثبوت حرمة المحل اما بالطلقات الثلاث أو بالمصاهرة يتعذر ابقاء النكاح حكما ولكن يجعل بقاء العدة التى هى حق من حقوق النكاح كبقاء النكاح فى حكم التوريث باتفاق الصحابة رضوان الله عليهم ولهذا لو كان الطلاق قبل الدخول لا ترث لانه لا عدة عليها ولكن هذا فى ابقاء ما كان ثابتا لا فى اثبات مالم يكن ثابتا حتى لو كان صحيحا حين طلقها لم ترث منه وانما أقمنا العدة مقام النكاح لدفع الضرر عنها فاذا كان الطلاق بسؤالها فقد رضيت هى بسقوط حقها فلا ميراث لها منه وان مات وهي في العدة ﴿قال﴾ وان كانت المرأة أمة أو كتابية حين أبانها فى مرضه ثم أعتقت الأمة وأسلمت الكتابية فلا ميراث لها منه وان مات وهي في العدة لانه لم يكن فاراً من ميراثها يوم طلق اذ لم يتعلق حقها بماله في المرض فلو ورثت كان فيه اقامة العدة مقام النكاح في ابتداء الاستحقاق بعد العتق والاسلام وذلك غير ما اتفق عليه الصحابة رضوان الله عليهم ولا يمكن اثباته بالرأى ﴿قال﴾ ولو طلق المريض امرأته تطليقة رجعية ثم مات بعد انقضاء العدة فلا

ميرات لها منه لانعدام السبب عند الموت حقيقة وحكما وأيهمامات قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لانتهاء النكاح بينهما بالموت واذا طلقها في مرضه تطليقة بائنة ثم صح من مرضه ثم مات من غير ذلك المرض وهى فى العدة فلا ميراث لها منه عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى ترث منه لانه صار متهما بالفرار حين طلقها فى مرضه ولان حقها كان متعلقا بماله عند الطلاق وعند الموت فلايعتبر ماتخلل بينهما فكانه لم يصح حتى مات فى مرضه ولكنانقول حقها انما يتعلق بماله بمرض الموت ومرض الموت مايتصل به الموت ولم يوجد ذلك وكل مرض يعقبه برء فهو بمنزلة حالة الصحة فكانه طلقها وهو صحيح ثم مرض ومات وان كانت المرأة هي التى ماتت في جميع هذه الوجوه لم يرثها الزوج لأنه رفع السبب باختياره ولم يكن له حق فى مالها فى حال قيام الزوجية ليبقى ذلك ببقاء العدة ثم جمع بين فصول أربعة أحدها أن يعلق طلاقها بفعل نفسه والثانى أن يعلق بفعل أجنبي والثالث بمجيء الوقت والرابع بفعلها وكل فصل من ذلك على وجهين إما أن يكون التعليق والوقوع في المرض أو التعليق في الصحة والوقوع فى المرض أما الفصل الاول وهو ما اذا علق بفعل نفسه وقال ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم دخل الدار فلها الميراث اذا مات وهى فى العدة أما اذا كان التعليق والوقوع في المرض فلانه متهم بالفرار والقصد الى ابطال حقها عن ماله وان كان التعليق فى الصحة والوقوع فى المرض فكذلك لانه لما أقدم على الشرط في المرض مع علمه ان التطليقات عنده تقع فقد صار قاصداً الى ابطال حقها فيجعل ذلك كتنجيز الطلاق في هذه الحالة ويستوي ان كان الشرط فعلا له منه بد أولابد له منه كالأكل والشرب والصلاة لانه ان لم يكن له من الفعل بد فقد كان له من التعليق ألف بد فأما اذا علق بفعل أجنبي فان كان التعليق فى المرض فلها الميراث لانه قاصد ابطال حقها عن ماله فهذا والتنجيز فى حقه سواء وان كان التعليق في الصحة ففعل ذلك الفعل الأجنبي فى مرضه فلا ميراث لها منه الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز من المعلق فيصير عند فعل الأجنبي كأن الزوج طلقها ثلاثا وهو مريض ولكنا نقول لم يوجد من الزوج قصد الفرار لانه حين علق لم يكن لها حق في ماله ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك فى وجود الشرط ولا كان متمكنا من المنع لانه ما كان يقدر على ابطال التعليق ولا على منع الاجنبي من ايجاد الشرط فاما اذا كان التعليق بمضى الوقت

بأن قال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق فان كان التعليق في المرض فلها الميراث منه لوجود قصده الى ابطال حقها بعد ماتعلق بماله وان كان التعليق في الصحة ثم جاء رأس الشهر وهو مريض لم ترثه عندنا لمابينا وقال زفر رحمه الله تعالى ترثه وهذا والاول سواء وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا غدا ثم مرض قبل مجيء الغد فأما اذا علق بفعلها فان كان التعليق في المرض والفعل فعل لها منه بد كدخول الدار وكلام أجنبي ففعلت فلا ميراث لها لانها لما أقدمت على ايجاد الشرط مع استغنائها عنه فقد صارت راضية بسقوط حقها عن ماله فيكون هذا بمنزلة مالو سألته الطلاق وان كان الفعل فعلا لا بد لها منه كالاكل والشرب والصلاة المكتوبة وكلام الابوين أو أحد من ذوي الرحم المحرم منها فلها الميراث اذا مات وهي في العدة لانها مضطرة الى ايجاد هذا الشرط فلا تصير بالاقدام عليه راضية بسقوط حقها من ماله وتقاضي دينها من الفعل الذي لا بد لها منه اذا كانت تخاف فوت حقها بترك التقاضي فأما اذا كان التعليق في الصحة ففعلت في المرض فان كان لها من الفعل بد فلا اشكال انها لا ترث وان لم يكن لها من الفعل بد فلها الميراث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ولا ميراث لها في قول محمد رحمه الله تعالى لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن لها في ماله حق فلا يتهم بقصده الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع وأكثر ما في الباب أن ينعدم رضاها أو فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء رأس الشهر وقد بينا أن هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك هنا وهما يقولان هي مضطرة الى الاقدام على هذا الفعل فانها ان لم تقدم تخاف على نفسها أو تخاف العقوبة وان أقدمت سقط حقها فكانت مضطرة ملجأة وهو الذي ألجأها الى ذلك والاصل أن الملجأ يصير آلة للملجئ والفعل في الحكم كالموجود من الملجئ كالمكره على اتلاف المال فبهذا المعنى تصير كان الفعل وجد من الزوج حكما فلها الميراث ﴿قال﴾ واذا بانت بالايلاء في مرضه فان كان الايلاء منه في مرضه فلها الميراث اذا مات وهي في العدة وان كان أصل الايلاء في صحته فلا ميراث لها لان المولى في المعنى يصير كأنه قال ان مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق تطليقة بائنة وقد بينا في التعليق بمجيء الوقت انه ان كان التعليق في المرض فلها الميراث وان كان التعليق في الصحة فلا ميراث لها فكذلك في الايلاء ولو قال المريض لامرأته ان شئت فانت طالق ثلاثا فشاءت أو خيرها فاختارت نفسها لم ترث منه لانها رضيت بسقوط حقها فكأنها سألته الطلاق أو

اختلعت منه ﴿ قال ﴾ ولو قال لها وهو مريض اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثا فجاء رأس الشهر وهو صحيح فلا ميراث لها وكذلك لو آلى منها وهو مريض وتمت المدة وهو صحيح لانه حين وقعت الفرقة بينهما لم يكن لها حق في ماله فكأنه نجز طلاقها فى هذه الحالة ولو قال لها وهو صحيح اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا ثم مرض ومات ورثته لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولما جعل الشرط مرضه مع علمه أن بمرضه يتعلق حقها بماله فقد قصد الفرار وكان أبو القاسم الصفار يقول لا ترثه لان الطلاق يقع عليها عند ابتداء مرضه وعند ذلك هو لايكون صاحب فراش والمريض الذى يتعلق حق الوارث بماله مايضنيه ويجعله صاحب فراش وان قال في مرضه قد كنت طلقتك ثلاثا فى صحتي وقع الطلاق عليها ساعة أقر ولها الميراث منه لانه متهم بالفرار بهذا الاقرار كما يكون متهما بانشاء الطلاق وهذا لانه فى الاسناد الى حالة الصحة متهم في حقها لانه لو أنشأ الطلاق فى هذه الحالة لم يسقط ميراثها فلهذا لايقبل قوله في الاسناد فى حقها ﴿ قال ﴾ وان أقر في مرضه أنه قد جامع أم امرأته فى الصحة أو أن بينهما رضاعا أو انه تزوجها بغير شهود أو فى عدة من زوج كان لها قبله لم يصدق فى ابطال ميراثها لكونه متهما فى ذلك ويجعل هذا كانشاء سبب الفرقة منه ﴿ قال ﴾ واذا قال لامرأته فى مرضه اذا صححت فأنت طالق ثم صح من مرضه وقع الطلاق عليها لوجود الشرط ولا ميراث لها ان مرض بعد ذلك ومات لانه حين وقع الطلاق عليها لم يكن لها حق فى ماله فلا يكون هو قاصدا الفرار ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا قبل ان أقتل أو قبل ان أموت من مرض كذا وكذا بشهر فمات مما قال أو من غيره قبل مضى شهر أو بعده لم تطلق لان ما عرف الوقت به ليس بكائن لا محالة فصار فى معنى الشرط بمنزلة قدوم فلان على ما تقدم ولو وقع الطلاق لوقع بعده ولا نكاح بينهما بعد ما قتل فلهذا لا تطلق ولها الميراث فان قال أنت طالق ثلاثا قبل موتى بشهر ونصف أو بأقل من شهرين فمات بعد مضى ذلك الوقت الذى قاله فجأة أو مرض ثم مات وقع الطلاق عليها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى قبل موته كما قال ولها الميراث وعندهما لا تطلق لما بينا أن عندهما الموت يصير في معني الشرط وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو معرف للوقت فانما يقع الطلاق من أوله ولكن عدتها لا تنقضى بما دون الشهرين فكان لها الميراث ويصير الزوج فارا لان الطلاق

لايقع ما لم يشرف على الموت ويتعلق حقها بماله وان كان قال قبل موتى بشهرين أو بأكثر من ذلك ثم مات قبل مضى الشهرين لم يقع الطلاق ولها الميراث لان الوقت الذى أضاف اليه الطلاق يوجد بعد كلامه وان عاش مثل ما سمي أو أكثر ثم مات وقع عليها الطلاق قبل موته بما سمى ولا ميراث لها منه لان العدة قد تنقضى في شهرين بثلاث حيض وكذلك لو كان وقت وقوع الطلاق مريضاً اذا كان الكلام في الصحة وان كانت صغيرة أو آيسة فعدتها ثلاثة أشهر ولها الميراث الا أن يسمى من الوقت ثلاثة أشهر أو أكثر وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأما عندهما لا يقع الطلاق في شئ من ذلك وان وقت سنة ولها الميراث لان عندهما الموت في معنى الشرط فلو وقع الطلاق لوقع بعده ﴿قال﴾ واذا قال لها وهو صحيح أنت طالق ثلاثا قبل موتى بشهر ثم مات فجأة بغير مرض فلها الميراث لانه ذكر الموت فيما وقع عليها من الطلاق فيصير به فارا من ميراثها وان استند الوقوع الى حالة الصحة اذا مات قبل انقضاء العدة ﴿قال﴾ واذا طلق المريض امرأته واحدة بائنة ثم تزوجها في عدتها ثم طلقها قبل أن يدخل بها فعليها عدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى باعتبار أن الدخول السابق على العقد الثاني يجعل كالموجود بعده وقد بينا هذا في كتاب النكاح فلها المهر كاملا والميراث وله عليها الرجعة مادامت في العدة وكذلك لو كان الطلاق الاول في الصحة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله تعالى لارجعة له عليها ولها نصف المهر وتتم بقية عدتها من الطلاق الاول لان الطلاق في النكاح الثاني حصل قبل الدخول ولم يبين حكم الميراث ولا ميراث لها منه عند محمد رحمه الله تعالى لانه لم يلزمها العدة بالطلاق الثاني لأنه طلاق قبل الدخول وحكم الفرار لايثبت بالطلاق قبل الدخول ﴿قال﴾ واذا اختلعت نفسها من زوجها في مرضه أو جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها فلا ميراث لها منه لان وقوع الفرقة بفعلها إما بقبولها البدل أو بايقاعها الطلاق على نفسها وهذا أبين في اسقاط حقها من سؤال الطلاق ﴿قال﴾ واذا قال المريض لامرأته وهي أمة أنت طالق غداً ثلاثا وقال المولى لها أنت حرة غداً فجاء الغد وقع الطلاق والعتاق معا ولا ميراث لها منه لان الزوج حين تكلم بالطلاق لم يقصد الفرار اذ لم يكن لها حق في ماله يومئذ ولان الطلاق والعتاق يقعان معا لان كل واحد منهما مضاف الى الغد ثم العتق يصادفها وهي رقيقة فكذلك

الطلاق يصادفها وهي رقيقة فلا ميراث لها وكذلك لو كان المولى تكلم بالعتق قبل كلام الروج لان العتق لم يلزمه بقول المولى ألا ترى أنه يمكنه أن يبيعها ولا تعتق غدا فلا يصير الروج فاراً ولان الوقوع يصادفها وهى رقيقة فلو ثبت حقها فى ماله انما يثبت بعد العتق ولا نكاح بينهما بعد العتق ﴿قال﴾ واذا قال اذا أعتقت فأنت طالق ثلاثا كان فاراً لان الطلاق هنا انما يقع بعد العتق وبعد ما يتعلق حقها بماله فقد قصد اسقاط حقها فيرد عليه قصده ﴿قال﴾ وان قال لها المولى انت حرة غداً وقال الزوج أنت طالق ثلاثا بعد الغد فان كان يعلم بمقالة المولى فهو فار وان لم يعلم بذلك فليس بفار لانه لاحق لها فى ماله حين علق الزوج لكونها رقيقة ولكنه اذا أضاف الى وقت يعلم انها تكون حرة في ذلك الوقت وان حقها يكون متعلقاً بماله فقد قصد ابطال حقها وان لم يعلم بذلك لم يكن قاصدا اسقاط حقها فلهذا لا ترثه وان أعتقها المولى ثم طلقها الزوج ثلاثا وهو لا يعلم بالعتق فلها الميراث منه لانها حين عتقت والزوج مريض فقد تعلق حقها في ماله فلو سقط انما يسقط بايقاعه الثلاث وذلك غير مسقط لميراثها مادامت فى العدة وجهل الزوج بالعتق لا يكون معتبرا فى اسقاط حقها وهذا بخلاف ماسبق من قول الزوج لها انت طالق ثلاثا بعد غد لان هناك لاحق لها في ماله حين تكلم الزوج بالطلاق ألا ترى انه لو نجز طلاقها فى ذلك الوقت لم ترث فلم يكن الروج مسقطا حقا ثابتا لها ولكن اذا كان عالما بمقالة المولى فقد أضاف الطلاق الى وقت يعلم حريتها فيه فكان ذلك قصدا منه الاضرار بها فيرد عليه قصده وان لم يكن عالما بمقالة المولى فلم يوجد منه القصد الى اضرارها فلا يكون فارا لهذا ﴿قال﴾ واذا كانت المرأة حرة كتابية فقال لها انت طالق ثلاثا غدا ثم اسلمت قبل الغد أو بعده فلا ميراث لها منه لانه حين تكلم الروج بالطلاق لم يكن لها حق فى ماله حتى لو نجز الثلاث لم ترث ولم يقصد الاضرار بها باضافة الطلاق الى الغد لانه ما كان يعلم انها تسلم قبل مجئ الغد فلم يكن فاراً ﴿قال﴾ واذا قال لها اذا أسلمت فأنت طالق ثلاثا كان فاراً لانه قصد الاضرار بها حين أضاف الطلاق الى وقت تعلق حقها بماله وهو مابعد الاسلام وهذا نظير ماسبق اذا قال الصحيح لامرأته اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم مرض قبل مجيء رأس الشهر لم يكن فاراً ولو قال اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا كان فاراً وان أسلمت فطلقها ثلاثا وهو لا يعلم باسلامها فلها الميراث منه لان ايقاع الثلاث كان بعد تعلق حقها بماله وجهل الروج غير معتبر فى اسقاط

حقها بعد ماتعلق بماله ﴿ قال ﴾ واذا أسلمت امرأة الكافر ثم طلقها ثلاثا وهو مريض ثم أسلم ومات وهي في العدة فلا ميراث لها منه لانه حين أوقع الثلاث قبل اسلامه فهو غير فار اذ لم يكن لها ميراث منه فان اختلاف الدين يمنع توريث المسلم من الكافر بخلاف مالو كان أسلم قبل الطلاق وهو يعلم باسلامها أولا يعلم فان هناك انما أوقع الطلاق بعد ما تعلق حقها بماله وكذلك العبد اذا طلق امرأته في مرضه ثم عتق وأصاب مالا فلا ميراث لها لانه لم يكن فاراً حين طلق لانه ما كان يعلم أنه يعتق واذا قال اذا أعتقت فأنت طالق ثلاثا فهو فار لانه بالاضافة الى مابعد عتقه قاصد الاضرار بها ﴿ قال ﴾ ولو كانت امرأته أمة فقال لها في مرضه اذا عتقت أنا وأنت فأنت طالق ثلاثا ثم أعتقا جميعاً فلها الميراث لاضافته الطلاق الامابعد تعلق حقها بماله ولو قال أنت طالق غدا ثلاثا ثم أعتقا اليوم لم يكن لها ميراث لانه حين تكلم بالطلاق لم يكن لها حق في ميراثه وما كان يدري أنهما يعتقان قبل مجيء الغد فلا يكون بهذه الاضافة قاصدا الاضرار وكذلك لو قال لها المولى أنتما حران غداً وقال الزوج أنت طالق ثلاثا غداً لم يكن بينهما ميراث لان وقوع الثلاث بهذا اللفظ قبل أن يثبت حكم التوريث بينهما فان حكم التوريث بعد العتق والطلاق يقترن بالعتق قبل مجيء الغد ﴿ قال ﴾ وان قال لها أنت طالق ثلاثا بعد الغد في القياس لا ميراث لها منه لانه حين تكلم بالطلاق لم يكن لها حق في ماله ألا ترى أنه لو نجز لم يكن بينهما توارث ولانه لا يتيقن بعتقهما بعد الغد لجواز أن يبيعهما قبل مجيء الغد ولكنه استحسن فقال اذا كان يعلم بمقالة المولى فلها الميراث وان لم يعلم فلا ميراث لها منه لان الظاهر بعد مقالة المولى انهما يعتقان بمجيء الغد فان الاصل بقاؤهما في ملكه والبناء على الظاهر واجب حتى يظهر خلافه فهو باضافة الثلاث الى مابعد الغد بعد العلم بمقالة المولى يكون قاصداً الاضرار بها فيكون فارا واذا لم يكن عالما بمقالة المولى لم يكن قاصداً الاضرار بها ﴿ قال ﴾ وان قال زوج أم الولد أو المدبرة وهو حر مريض أنت طالق ثلاثا اذا مضى شهر ثم مات المولى قبل ذلك فعتقت ثم وقع الطلاق عليها لم يكن لها ميراث منه لانه بهذه الاضافة لم يقصد الاضرار لانه ما كان يعلم أن المولى يموت قبل مضي الشهر بخلاف مالو قال اذا مات مولاك فعتقت فأنت طالق ثلاثا لان هناك يتحقق أن قصده الاضرار بها ﴿ قال ﴾ واذا طلق المكاتب في مرضه امرأته الحرة ثلاثاً ثم مات

وهي في العدة وترك وفاء فأديت كتابته أو أعتق قبل أن يموت فلا ميراث لها منه لانه حين أوقع الثلاث لم يكن لها حق في كسبه فان المكاتب عبد وما كان يدرى انه يعتق قبل موته أو يترك وفاء فلم يكن فارا وان كان مكاتبين كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا رقيقين فطلقها في مرضه ثلاثا ثم مات وترك وفاء فلا ميراث لها منه لانه لم يكن لها في ماله حق حين طلقها ثلاثا وعليها العدة حيضتان لان الطلاق وقع عليها وهي امة ويرجعون عليها بما أدى من تركة المكاتب عنها كما لو كان ادي بنفسه في حياته ﴿قال﴾ واذا خرجت الامة الينا مسلمة ثم خرج زوجها بعدها مسلما وهو مريض فطلقها أو لم يطلقها ثم مات فلا ميراث لها منه لان العصمة قد انقطعت بينهما بتباين الدارين ولا توارث بينهما يومئذ ثم لا يقع طلاقه عليها بعد ذلك وقد بينا هذا ﴿قال﴾ واذا ارتد المسلم نعوذ بالله ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب وله امرأة مسلمة لم تنقض عدتها بعد فلها الميراث منه من يوم ارتد لانه بالردة قد اشرف على الهلاك والتوريث يستند الى ذلك الوقت فلا يعتبر فعله في اسقاط حقها عن ميراثه ولان الردة من الرجل كالموت لانه يستحق قتله بها والنكاح كان قائما بينهما يومئذ فكان لها الميراث وعدتها ثلاث حيض لانه حي حقيقة بعد الردة مالم يقتل والفرقة متى وقعت في حالة الحياة فانها تعتد بالحيض فان حاضت قبل ذلك ثلاث حيض أو لم يكن دخل بها فلا ميراث لها منه لان حكم التوريث انما يتقرر بالموت وان كان يستند الى أول الردة لانه بعد الردة حى حقيقة وانما يرث الحى من الميت لا من الحي فلهذا يعتبر بقاء الوارث وقت موته حتى لو مات ولده قبل موته لم يرثه فكذلك يعتبر قيام عدتها وقت موته فاذا انعدم لم يكن لها ميراث ﴿قال﴾ وان كانت المرأة هي التى ارتدت ثم ماتت وهي في العدة فلا ميراث للزوج منها لانه لا تأثير لردتها في زوال ملكها ولهذا نفذ تصرفها في مالها بعد الردة وهذا لان نفسها لم تصر مستحقة بسبب الردة بخلاف الرجل فاذن قد وقعت الفرقة بردتها ولا حق له في مالها ﴿قال﴾ واذا ارتدت وهي مريضة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب وهي في العدة في القياس لا ميراث للزوج منها وهي رواية عن ابى يوسف رضي الله تعالى عنه لانه لا عدة في جانب الزوج وتوريث الباقي من الميت بشرط بقاء العدة ألا ترى انه لو طلقها قبل الدخول في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ولكنه استحسن فقال له الميراث لان حقه قد تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال

حقه فرد من ميراثه نير دعليها نصدها كان جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت وانما يعتبر قيام العدة وقت الموت وهي كانت في عدته يوم مات ولو كانت في نكاحه يوم مات كان له الميراث فكذلك اذا كانت في عدته ﴿قال﴾ واذا طلق المريض امرأته ثلاثا ثم ارتدت عن الاسلام والعياذ بالله ثم أسلمت ومات وهي في العدة فلا ميراث لها لانها بالردة صارت مبطلة حقها لانها تخرج بها من أن تكون أهلا للميراث فلا يعود حقها بالاسلام بعد ذلك لانه في معنى ابتداء ثبوت الحق وليس بينهما نكاح قائم في هذه الحالة بخلاف مالو طاوعت ابن زوجها في العدة فجامعها فانه لا يبطل ميراثها لانها بهذه الطواعية لم تبطل حقها فانه ليس لفعلها تأثير في الفرقة لان الفرقة قد وقعت بايقاع الثلاث ولم تخرج بهذا الفعل من أن تكون أهلا للارث فبقاء ميراثها ببقاء العدة ولا تأثير لهذا الفعل في اسقاط العدة وهذا بخلاف مالو طاوعت ابن زوجها قبل أن يطلقها الزوج لان الفرقة هناك وقعت بفعلها وذلك مسقط لميراثها ولان تعلق حقها بماله يومئذ كان بسبب النكاح وفعلها مؤثر في رفع النكاح فلهذا سقط به ميراثها وكذلك ان أكرهها الابن على ذلك وغلب على نفسها فلا ميراث لها لان الفعل ينعدم من جانبها بهذا السبب وانما تقع الفرقة حكما لثبوت الحرمة من غير أن يصير مضافا الى الزوج فلا ميراث لها منه لان بقاء الميراث بعد الفرقة بسبب الفرار وذلك عند اضافة الفعل الى الزوج فان كان الزوج أمر ابنه بذلك كان لها الميراث لانه قاصد الى ابطال حقها حين أمر ابنه أن يكرهها على ذلك الفعل فكان فارا وان كان الزوج هو المرتد بعد ماطلقها ثلاثا لم يبطل ميراثها لانه لم يوجد منها مايسقط حقها وانما تكرر سبب الفرار من الزوج وبهذا يتقرر حقها فلا يسقط ﴿قال﴾ واذا أسلم أحد الزوجين وأبى الآخر ان يسلم نفرق بينهما في مرض الزوج ثم مات لم ترثه لانه لو لم يفرق بينهما حتى مات لم ترثه لاختلاف الدين اذ لا توارث بين المسلم والكافر فبعد التفريق أولى ﴿قال﴾ واذا قذف المريض امرأته ولاعنها وفرق بينهما ثم مات فلها الميراث منه لان سبب الفرقة من الزوج وهو قذفه إياها بعد تعلق حقها بماله وهي لا تجد بدا من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلا تصير بذلك راضية بسقوط حقها بمنزلة مالو علق الطلاق بفعلها في مرضه ولا بد لها من ذلك الفعل ﴿قال﴾ ولو كان قذفها في صحته ثم مرض فلاعنها ثم فرق بينهما فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لها الميراث أيضا وعند محمد رحمه الله لا ميراث لها منه

وهو نظير ماسبق اذا علق الطلاق في صحته بفعل لابد لها منه ففعلت ذلك الفعل في مرضه ﴿قال﴾ واذا فرق بين العنين وامرأته في مرضه ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه لانها صارت راضية بسقوط حقها حين اختارت الفرقة وكانت تجد بدآ من هذا الاختيار بأن تصبر حتى يموت الزوج فتتخلص منه وكذلك المعتقة اذا اختارت الفرقة وهذا أولى لان الفرقة هنا انما تقع بمجرد اختيارها نفسها وهي غير مضطرة الى ذلك ﴿قال﴾ واذا ارتد الزوجان معا والعياذ بالله ثم أسلم أحدهما ومات الآخر فلا ميراث للباقي منه لانه مرتد والمرتد لايرث أحدآ فان أسلما معا ثم مات أحدهما كان للآخر الميراث لان وقوع الفرقة بينهما بالموت وان أسلمت المرأة ثم مات الزوج مرتدآ ورثته لان اصراره على الردة بعد اسلامها كانشاء الردة حتى تجعل هذه الفرقة مضافة الى فعل الزوج فكان لها الميراث اذا مات الزوج وهي في العدة فان طلقها ثلاثا وهما مرتدان وهو مريض ثم أسلما فلا ميراث لها منه لانه حين طلقها لم يكن حقها متعلقا بماله لردتها فلا يصير هو فارآ فلو ثبت حقها انما يثبت بعد اسلامها ابتداء ولا نكاح بينهما بعد اسلامها ﴿قال﴾ واذا قال المريض لامرأته قد طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك وصدقته بذلك فلا ميراث لها لان ماتصادقا عليه كالمعاين أو كالثابت بالبينة في حقهما ولأن الحق في الميراث لها وقد أقرت بما يسقط حقها فان أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فهو جائز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كما يجوز لأجنبية أخرى الاقرار من جميع المال والوصية من الثلث وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لها الاقل من ميراثها ومما أقر أو أوصى به هما يقولان قد صارت أجنبية منه حتى أنها لا ترثه ولها أن تتزوج في الحال فاقراره لها كاقراره لأجنبية أخرى ولو اعتبرت التهمة لا عتبرت في حق التزويج لان الحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط فاذا كان يجوز له أن يتزوج بأختها وأربع سواها ويجوز لها أن تتزوج بزوج آخر عرفنا أنه لا تهمة ولان المانع من صحة الاقرار والوصية لها كونها وارثة له وذلك ينعدم بالحكم بانقضاء عدتها بيقين وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لما مرض والنكاح قائم بينهما في الظاهر فقد صار ممنوعا عن الاقرار والوصية لها فيحتمل أنه واضعها على أن تقر بالطلاق في صحته وبانقضاء عدتها وتصدقه على ذلك لتصحيح اقراره ووصيته لها ولكن هذه التهمة في الزيادة على قدر الميراث فاما في مقدار الميراث لاتهمة فلهذا جعلنا لها الاقل وأبطلنا الزيادة على ذلك للتهمة كما لو

سألته في مرضه ان يطلقها ثلاثا ففعل ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية لاتصح الا في الاقل لتمكن تهمة المواضعة في الزيادة على ذلك وهذه التهمة فيما بينهما وبين سائر الورثة لافي حق الشرع وحل التزوج حق الشرع فلهذا صدقا على ذلك ﴿قال﴾ واذا مات الرجل وقالت امرأته قدكان طلقني ثلاثا في مرضه ومات وانا في العدة وقال الورثة بل طلقك في صحته فالقول قول المرأة لان الورثة يدعون عليها سبب الحرمان وهي جاحدة لذلك فان الطلاق في مرضه لا يحرمها فلا تكون هي مقرة بالحرمان كما لو قالت طلقني في حالة نومه ولان الورثة يدعون الطلاق بتاريخ سابق وهي تنكر ذلك التاريخ ولو انكرت اصل الطلاق كان القول قولها فكذا اذا أنكرت التاريخ ﴿قال﴾ ولو كانت أمة فقالت أعتقت قبل موت زوجي وصدقها المولى وقالت الورثة أعتقت بعد موته فالقول قول الورثة لان سبب الحرمان وهو الرق كان ظاهراً فيها فاذا ادعت زواله قبل الموت وأنكره الورثة كان القول قول الورثة ولانها تدعي تاريخاً سابقاً لعتقها فلا تصدق الا بحجة ولا معتبر بتصديق المولى لانه للحال لايملك اسناد عتقها الى حال حياة الزوج فلا يعتبر قوله في ذلك وكذلك ان كانت كافرة وأدعت الاسلام قبل موت الزوج لم يقبل قولها إلا بحجة لانها تدعي زوال سبب الحرمان بعد ماعرف ثبوته وان لم يعرف كفرها ولا رقها فادعت الورثة انها كافرة أو رقيقة يوم موته وقالت مازلت على حالتي هذه حرة مسلمة فالقول قولها لان سبب الميراث وهو النكاح ظاهر والورثة يدعون عليها سبب الحرمان وهي تنكر ولان من في دار الاسلام فالظاهر انه حر مسلم ولا يقال هذا اثبات الاستحقاق بالظاهر لان الاستحقاق بالنكاح معلوم وانما هذا دفع المانع بالظاهر ﴿قال﴾ واذا مات الزوج كافراً فجاءت المرأة مسلمة تدعى ميراثها فقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة لانها جاءت تدعي الميراث وما يحرمها قائم فيها لانها مسلمة والمسلمة لاترث الكافر فمع ظهور سبب الحرمان لاميراث لها الا ان يثبت سبب الاستحقاق بالبينة ولان الأصل ان الاشتباه اذا وقع فيما سبق يحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحا مع المستأجر في جريان الماء في المدة فان كان الماء جاريا في الحال يجعل جاريا فيما مضى فاذا كانت هي مسلمة في الحال تجعل مسلمة فيما مضى أيضاً والمسلمة لاترث الكافر ﴿قال﴾ واذا طلق المريض امرأته ثلاثا ثم قال بعد شهرين قد أخبرتني ان عدتها قد انقضت وكذبته ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها ثم مات فالقول

قولها والميراث لها دون الاربع والاخت لان الميراث من حقها وهو لا يصدق في ابطال حقها كما في نفقتها وسكناها ومن ضرورة بقاء الميراث لها بالنكاح ان لا ترث اختها أو أربع سواها بهذا السبب وقد بينا في كتاب النكاح اختلاف الروايتين في هذه المسئلة ﴿قال﴾ واذا تزوج ثلاثا سواها احداهن أختها فلا ميراث لاختها وللاثنتين معها الميراث لان اخباره غير معتبر في ميراثها ولو لم يخبر حتى تزوج اثنتين كانتا وارثتين معها بخلاف أختها وإذا طلقها ثلاثا في مرضه ثم مات بعد تطاول ذلك وهي تقول لم تنقض عدتي فالقول قولها ولها الميراث لانها أمينة ومدة العدة قد تطول وتقصر ولكن عليها اليمين بالله ما انقضت عدتها اذا طلبت الورثة لانهم يدعون عليها ما لو أقرت لزمها فاذا أنكرت حلفت على ذلك ولو أقام عليها الورثة البينة باقرارها بانقضاء العدة قبل موته فلا ميراث لها لان الثابت باقرارها كالثابت بالمعاينة وان كانت تزوجت قبل موته في قدر ما تنقضي في مثله العدة ثم قالت لم تنقض عدتي من الاول لم تصدق على ذلك لان تزوجها نفسها اقرار منها بانقضاء عدتها دلالة فان المسلمة تباشر العقد الصحيح دون الباطل ولو لم تتزوج وقالت قد أيست من الحيض ثم اعتدت بثلاثة أشهر ثم مات الزوج وحرمت الميراث ثم ولدت بعد ذلك من زوج غيره فنكاح الآخر فاسد ولها الميراث من الاول لانا تيقنا بكذبها فان الآيسة لا تلد فتبين أنها كانت ممتدا طهرها لا آيسة وانما تزوجت في العدة فالنكاح فاسد ولها الميراث من الاول لانه مات وهي في العدة وكذلك ان حاضت لان الايسة لا تحيض الا أنها ان ادعت الحيض لم تصدق على زوجها الآخر الا أن يصدقها لان النكاح بينهما صحيح في الظاهر فلا تصدق في دعواها البطلان وان صدقها فرق بينهما ولم يصدقا على ورثة الاول ما لم يقروا بذلك لانها تستحق الميراث عليهم فلا بد من تصديقهم اياها بما تقول ﴿قال﴾ واذا كانت المطلقة في المرض مستحاضة وكان حيضها مختلفا فقد بينا فيما سبق أنها تأخذ بالاحتياط ففي الصلاة والرجعة تأخذ بالاقل وفي الحل للازواج تأخذ بالاكثر وفي الميراث تأخذ بالاقل لان المال بالشك لا يستوجب وبقاء العدة عند موت الزوج شرط لميراثها فما لم يتيقن بهذا الشرط لم ترث وان كان حيضها معلوما وانقطع الدم عنها في آخر الحيضة الثالثة ثم مات الزوج فان كانت ايامها عشرة فلا ميراث لها لانا تيقنا بانقضاء عدتها قبل موته وان كانت أيامها دون العشرة فان مات قبل أن تغتسل أو قبل أن

يذهب وقت الصلاة فلها الميراث لان عدتها باقية مالم تغتسل وكذلك ان اغتسلت وبقي عضو لان عدتها لاتنقضي مع بقاء عضو لم يصبه الماء وقد بينا هذا في باب الرجعة ﴿قال﴾ واذا أبق الزوج في مرضه بعد ماطلقها أكثر من سنتين ثم ولدت المرأة بعد موته بشهر فلا ميراث لها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولها الميراث في قول أبي يوسف رحمه الله وهو نظير الاختلاف المذكور في النفقة أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ترد نفقة ستة أشهر لانهما يجعلان هذا من حبل حادث من زوج بعد انقضاء عدتها حملا لامرها على الصلاح وكذلك في حكم الميراث يتبين بها انقضاء عدتها قبل موته فلا ميراث لها وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجعل معتدة الى أن ولدت فلهذا لاترد شيئاً من النفقة فكان لها الميراث ﴿قال﴾ واذا طلقها في مرضه ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض غير أنه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يقول لاميراث لها لان مرض الموت مايكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر فقد علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتاً في ماله وقد بينا أن إرثها منه بحكم الفرار وهو متحقق هنا ﴿قال﴾ واذا قرب الرجل ليقتل فهو بمنزلة المريض اذا طلق امرأته ثلاثا في تلك الحالة فلها الميراث والحاصل أن المريض مشرف على الهلاك فكل سبب يعترض مما يكون الغالب فيه الهلاك فهو بمنزلة المرض وما يكون الغالب فيه السلامة وقد يخاف منه الهلاك أيضا فلا يجعل بمنزلة المرض فالذي قرب ليقتل في قصاص أو رجم فالظاهر فيه هو الهلاك والسلامة بعد هذا نادر فاما المحبوس قبل أن يخرج ليقتل فالغالب فيه السلامة فانه يتخلص بنوع من أنواع الحيلة فاذا طلقها في تلك الحالة لم يكن فارا وكذلك ان كان مواقفا للعدو فما دام في الصف فهو بمنزلة الصحيح فاذا خرج بين الصفين يبارز قرنه من المشركين فهو بمنزلة المريض لانه صار مشرفا على الهلاك والمحصور بمنزلة الصحيح لان غالب حاله السلامة فان خرج يقاتل فهو كالمريض وراكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق فهو بمنزلة المريض في هذه الحالة والمرأة الحامل كالصحيحة فان أخذها الطلق فهي بمنزلة المريضة فاذا قتله المرأة بعد ماطلقها ثلاثا في مرضه فلا ميراث لها منه لان بقاء ميراثها ببقاء العدة كبقاء الميراث ببقاء النكاح

وان

وان قتلته قبل الطلاق لم ترثه للاثر وهو قوله لاميراث للقاتل بعد صاحب البقرة والمقعد والمريض والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض وان صار قديما لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحيث لا يزداد فلا يخاف منه الموت فكان بمنزلة الصحيح وصاحب جرح أو قرحة أو وجع لم يصيره على الفراش بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره وحد المرض الذى يكون به فاراً ان يكون صاحب فراش قد أضناه المرض فاما الذى يجيء ويذهب فى حوائجه فلا يكون فاراً وان كان يشتكى ويحم لان الانسان فى العادة قل مايخلو عن نوع مرض فى باطنه ولا يجعل بذلك في حكم المريض بل المريض انما يفارق الصحيح في ان الصحيح يكون في السوق ويقوم بحوائجه والمريض يكون صاحب فراش فى بيته وهذالان مالا يمكن الوقوف على حقيقته يعتبر فيه السبب الظاهر ويقام ذلك مقام المعنى الخفى تيسيراً وقد تكلف بعض المتأخرين فقال اذا كان بحال يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بأحد فهو فى حكم الصحيح فى التصرفات وهذا ضعيف فالمريض جداً لايعجز عن هذا القدر اذا تكلف فكان المعتبر ماقلنا وهو أن يكون صاحب فراش ومن قرب ليقتل فطلق امرأته ثلاثا ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل بعد ذلك فلا ميراث لها منه بمنزلة المريض اذا صح بعد ماطلق امرأته ثلاثا وقد بينا هذا كله فكذلك فى هذا الفصل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الولد عند من يكون فى الفرقة

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه واذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان الام انما تكون أحق بالولد لحق الولد فان كون الولد عندها أنفع له ولهذا لو تزوجت أو كانت أمة والولد حر لم تكن أحق بالحضانة لأنها مشغولة بخدمة زوجها أو مولاها فلا منفعة للولد فى كونه عندها واذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط ﴿ قال ﴾ واذا أرادت المرأة أن تخرج بولدها من مصر الى مصر فان كان النكاح بينهما قائما فليس لها أن تخرج الا باذنه مع الولد وبغير الولد فان وقعت الفرقة بينهما وانقضت عدتها فان كان أصل النكاح فى المصر الذى هى فيه فليس لها أن تخرج

بولدها الى مصر آخر لما فيه من الاضرار بالزوج بقطع ولده عنه الا أن يكون بين المصرين قرب بحيث لوخرج الزوج لمطالعة الولد أمكنه الرجوع الى منزله قبل الليل فحينئذ هذا بمنزلة محال مختلفة فى مصر ولها أن تحول من محلة الى محلة وان كان تزوجها فى ذلك المصر الذى يريد الرجوع اليه ونقلها الى هذا المصر فان كانت من أهل هذا المصر فلها أن تخرج بولدها اليه لان الانسان انما يتزوج المرأة في مصر ليقيم معها فيه وانما ساعدته على الخروج لاجل النكاح فاذا ارتفع كان لها ان تعود الى مصرها لان فى المقام فى الغربة نوع ذل ولها ان تخرج بولدها لانها باصل النكاح استحقت المقام بولدها في ذلك المصر فانما تستوفى ما استحقت لا ان تقصد الاضرار بالزوج وان لم تكن من أهل ذلك المصر الذى تزوجها فيه فان أرادت ان تخرج بولدها الى مصرها لم يكن لها ذلك لان أصل العقد ما كان في مصرها واختيارها الغربة لم يكن بسبب النكاح فلا يكون لها ان ترجع بولدها الى مصرها ولكن يقال لها اتركى الولد واذهبي حيث شئت وكذلك ان أرادت الخروج الى مصر آخر لانها فى ذلك المصر غريبة كما هنا فلا تقصد بالخروج اليه دفع وحشة الغربة انما تقصد قطع الولد عن أبيه وان أرادت ان تخرج به الى المصر الذى كان تزوجها فيه فليس لها ذلك أيضا لانها غريبة فى ذلك المصر كما هنا وفي الجامع الصغير يقول النظر الى عقدة النكاح أين وقع وهذه اشارة الى ان لها ان تخرج بالولد الى موضع العقد كما لو كان تزوجها فى مصرها والاصح انه ليس لها ذلك لانها تقصد الاضرار بالزوج لادفع الوحشة عن نفسها بالخروج الى ذلك الموضع ولان الزوج ما أخرجها الى دار الغربة بخلاف ما إذا تزوجها فى مصرها وان كان أصل النكاح في رستاق له قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بولدها من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة بعضها من بعض على الوجه الذى بينا لانه ليس فيه قطع الولد عن ابيه وان كانت بعيدة فليس لها ذلك الا ان تعود الى قريتها وقد كان أصل النكاح فيها وكذلك ان أرادت ان تعود من القرية الى المصر وان أرادت أن تخرج بولدها من مصر جامع الى قرية قريبة منه فليس لها ذلك الا أن يكون النكاح وقع فى تلك القرية فتخرج اليها لانها بأصل العقد استحقت المقام فى قريتها بولدها وان لم يكن أصل النكاح فيها فانها تمنع من الخروج بولدها لان فى أخلاق أهل الرستاق بعض الجفاء قال صلى الله عليه وسلم أهل الكفور من أهل القبور ففي خروجها بولدها الى القرية من المصر اضرار بالولد لانه يتخلق بأخلاقهم

وهي ممنوعة من الاضرار بالولد وليس لها أن تخرج بولدها الى دار الحرب وان كان النكاح وقع هناك لما فيه من الاضرار بالولد فانه يتخلق بأخلاق أهل الشرك ولا يأمن على نفسه هناك فان دار الحرب دار نهبة وغارة وكذلك ان كانت هي من أهل الحرب بعد أن يكون زوجها مسلما أو ذميا لانها صارت ذمية تبعا لزوجها فتمنع من الرجوع الى دار الحرب ﴿ قال ﴾ وليس للمرأة وان كانت أحق بولدها أن تشترى له وتبيع لان الثابت لها حق الحضانة فأما ولاية التصرف للأب أو لمن يقوم مقامه بعده فان كانت هي وصية أبيه فلها أن تتصرف بسبب الوصاية لا بسبب الامومة ﴿ قال ﴾ وكل فرقة وقعت بين الزوجين فالام أحق بالولد ما لم تتزوج وقد بينا تمام هذا في النكاح الا أن ترتد فحينئذ ان لحقت بدار الحرب فهي ممنوعة من أن تخرج بولدها ولا حق لها في الحضانة وان كانت في دار الاسلام فانها تحبس وتجبر على الاسلام فلا يكون لها حق الحضانة الا أن تتوب فان تابت فهي أحق بالولد ﴿ قال ﴾ واذا احتلم الغلام فلا سبيل لأبيه عليه ان كان قد عقل وكان مأمونا عليه لانه صار من أهل أن يلي على غيره فلا يولى عليه الا أن يكون مخوفا عليه فحينئذ يضمه الاب الى نفسه لدفع الفتنة ولا نفقة له على أبيه الا أن يتطوع وقد بينا تمام فصول النفقة في النكاح والله أعلم بالصواب

باب الخلع

﴿ قال ﴾ واذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع جائز والخلع تطليقة بائنة عندنا وفي قول الشافعي رحمه الله هو فسخ وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وقد روى رجوعه الى قول عامة الصحابة رضى الله عنهم استدل الشافعي بقوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به الى أن قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو جعلنا الخلع طلاقا صارت التطليقات أربعا في سياق هذه الآية ولا يكون الطلاق أكثر من ثلاث ولان النكاح عقد محتمل للفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضي أيضا وذلك بالخلع واعتبر هذه المعاوضة المحتملة للفسخ بالبيع والشراء في جواز فسخها بالتراضي ﴿ ولنا ﴾ ماروى عن عمر وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه

ان النكاح لايحتمل الفسخ بعد تمامه ألا ترى أنه لايفسخ بالهلاك قبل التسليم فان الملك الثابت به ضروري لايظهر الا فى حق الاستيفاء وقد قررنا هذا فى النكاح وبينا ان الفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع من الاتمام وكذلك في خيار البلوغ والعتق فاما الخلع يكون بعد تمام العقد والنكاح لايحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع فى الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد فى الحال مجازا وذلك انما يكون بالطلاق ألا ترى أن الرجل يقول خلعت الخف من رجلى يريد به الفصل في الحال فاما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض وبهذا لايصير الطلاق أربعا وفائدة هذا الاختلاف أنه لو خالعها بعد تطليقتين عندنا لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره وعنده له أن يتزوجها وان نوى بالخلع ثلاث تطليقات فهى ثلاث لانه بمنزلة ألفاظ الكناية وقد بينا ان نية الثلاث تصح هناك فكذلك فى الخلع وان نوى اثنتين فهى واحدة بائنة وعلى قول زفر رحمه الله تعالى اثنتان كما في لفظ الحرمة والبينونة وكذلك كل طلاق بجعل فهو بائن لان الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها ولان غرضها من التزام البدل ان تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك الا بوقوع البينونة فان قال الزوج لم أعن بالخلع طلاقا وقد أخذ عليه جعلا لم يصدق فى الحكم لانه أخذ الجعل على سبيل التملك ولا يتملك ذلك الا بوقوع الطلاق عليها فكان ذلك أدل على قصده الطلاق من حال مذاكرة الطلاق ولكن فيما بينه وبين الله تعالى يسعه أن يقيم معها لان الله تعالى عالم بما فى سره الا أنه لايسع المرأة ان تقيم معه لانها لاتعرف منه الا الظاهر كالقاضى ﴿قال﴾ والمباراة بمنزلة الخلع فى جميع ذلك لانه مشتق من البراءة وهو أدل على قطع الوصلة من الخلع واذا جعل الخلع تطليقة بائنة فالمباراة أولى وللمختلعة والمباراة النفقة والسكني ما دامت فى العدة هكذا نقل عن على رضي الله عنه وهذا لان النفقة لم تجب قبل مجيء وقتها فلا يتناولها الخلع والبراءة العامة وانما ينصرف مطلق اللفظ الى ماهو واجب ﴿قال﴾ فان كان الزوج اشترط عليها البراءة من النفقة والسكنى فهو بريء من النفقة لانها أسقطت حقها ووجوب النفقة لها فى العدة باعتبار حالة الفرقة حتى اذا كانت ممن لا تستحق النفقة عند ذلك لا تستحقه من بعد فيصح اسقاطها ولكن فى ضمن الخلع تبعا له حتى لو أسقطت نفقتها بعد الخلع بابراء الزوج عنها لا يصح ذلك لانها مقصودة بالاسقاط فلا يكون الا بعد وجوبها وهى تجب شيئا

فشيئاً بحسب المدة ولا يصح ابراؤها عن السكنى في الخلع لان خروجها من بيت الزوج معصية قالوا ولو أبرأته عن مؤنة السكنى بأن سكنت في بيت نفسها أو التزمت مؤنة السكنى من مالها صح ذلك مشروطا في الخلع لانه خالص حقها ﴿قال﴾ والخلع جائز عند السلطان وغيره لانه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية ايقاع الطلاق ولها ولاية التزام العوض فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد ﴿قال﴾ وان قال لامرأته قد خالعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف درهم فالقبول اليها في مجلسها والحاصل أن ايجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق بشرط قبولها لان العوض الذي من جانبه في هذا العقد طلاق وهو محتمل للتعليق بالشرط ولهذا لا يبطل بقيامه عن المجلس ويصح منه وان كانت غائبة حتى اذا بلغها فقبلت في مجلسها ثم وان قامت من مجلسها قبل أن تقبل بطل ذلك بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الامر منها لانها تقدر على المشيئة في مجلسها فيبطل بقيامها فكذلك تقدر على القبول قبل ذلك والذي من جانبها في الخلع التزام المال فيكون بمنزلة البيع والشراء لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا بدأت فقالت اخلعني أو بارئني أو طلقني بألف درهم فانه يبطل بقيامها عن المجلس قبل قبول الزوج وكذلك بقيام الزوج عن المجلس قبل القبول كما يبطل ايجاب البيع بقيام أحدهما عن المجلس قبل قبول الآخر وكذلك ان كان الزوج غائبا حين قالت هذه المقالة لا تتوقف على قبوله اذا بلغه كما لا يتوقف ايجاب البيع على قبول المشتري اذا كان غائباً ﴿قال﴾ فان قالت طلقني ثلاثاً بألف درهم فطلقها واحدة فله ثلث الالف لان حرف الباء يصحب الأبدال والأعواض والعوض ينقسم على المعوض فهي لما التمست الثلث بالف فقد جعلت بازاء كل تطليقة ثلث الالف ثم فيما صنع الزوج منفعة لها لانها رضيت بوجوب جميع الالف عليها بمقابلة التخلص من زوجها فتكون أرضى بوجوب ثلث الالف عليها اذا تخلصت من زوجها وبالواحدة تخلص منه وهذا بخلاف ما لو كان الزوج قال لها أنت طالق ثلاثاً بألف فقبلت واحدة لم يقع شيء لانه لو وقعت الواحدة لوقعت بثلث الألف والزوج ما رضي بزوال ملكه عنها ما لم يجب عليها جميع الالف وبخلاف ما لو قال هذه طالق وهذه بألف فقبلت إحداهما وقع الطلاق عليها بنصف الالف لان الزوج هناك راض بوقوع الفرقة بينه وبين إحداهما اذا وجبت عليها حصتها من المال فان نكاح إحداهما لا يتصل بنكاح الاخرى ﴿قال﴾ ولو طلقها ثلاثاً في

كلام متفرق في مجلس واحد في القياس يلزمها ثلث الالف لانها بانت بالأولى فلزمها ثلث الالف فهو بايقاع الثانية والثالثة بعد ذلك لايستوجب عليها عوضاً آخر وفي الاستحسان يقع عليها ثلاث تطليقات بجميع الالف لان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد فكانه أوقع الثلاث عليها بكلام واحد فيلزمها جميع الالف ﴿قال﴾ ولو كانت قالت له طلقني ثلاثا على ألف درهم أو على أن لك علي ألف درهم فطلقها واحدة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقع تطليقة رجعية وليس عليها شئ من الالف وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع عليها تطليقة بائنة بثلث الالف وحجتهما في ذلك أن الخلع من عقود المعاوضات وحرف على في المعاوضات كحرف الباء ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول بعت منك هذا المتاع بدرهم أو على درهم وكذلك لافرق بين أن يقول احمل هذا المتاع الى موضع كذا بدرهم أو على درهم فاذا كان عند حرف الباء تتوزع الالف على التطليقات الثلاث فكذلك عند ذكر حرف على يدل عليه أنها لوقالت طلقني وفلانة على ألف درهم فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء فكذلك هنا وهذا بخلاف ما قال في السير الكبير اذا صالح الامام أهل حصن على أن يؤمنهم ثلاث سنين على ألف درهم ثم بدا له بعد مضى السنة أن ينبذ اليهم يلزمه رد جميع المال ولو كان الصلح بحرف الباء يلزمه رد ثلثي المال لان اعطاء الامان ليس بعقد معاوضة وحرف على للشرط فجعله بمنزلة الباء مجاز يصار اليه لدلالة المعاوضة ولان غرضهم لا يحصل هناك فمقصودهم أن يتحصنوا في هذه المدة ولا تمكنوا من ذلك في بعض المدة فلهذا حملنا حرف على على الشرط وهنا مقصودها يحصل بايقاع الواحدة فكان محمولا على المعاوضة بمنزلة حرف الباء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حرف على للشرط حقيقة لانه حرف الالتزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معني الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلا حاجة الى العدول من الحقيقة الى المجاز فاذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزء بجزء فانما شرطت لوجوب المال عليها ايقاع الثلاث فاذا لم يوقع لايجب شئ من المال ولان لها في ذلك غرضا صحيحاً وهو حصول البينونة الغليظة حتى لاتصير في وثاق نكاحه وأن أكرهها على ذلك فاعتبرنا معني الشرط في ذلك

ليحصل مقصودها كما في مسئلة الامان وكما أن المال في الامان نادر فكذلك في الطلاق الغالب فيه الايقاع بغير بدل وبهذا فارق البيع والاجارة لان معني الشرط هناك تعذر اعتباره فانه لايحتمل التعليق بالشرط فلهذا جعلنا حرف على بمعني حرف الباء والدليل على أن حرف على للشرط قوله تعالى انى رسول من رب العالمين حقيق على أن لا أقول على الله الا الحق أى بشرط أن لا أقول وقال الله تعالى يبايعنك على أن لايشركن بالله شيئاً أى بشرط أن لايشركن وهذا بخلاف قوله طلقنى وفلانة على كذا لانه لاغرض لها فى طلاق فلانة لتجعل ذلك كالشرط منها ولها فى اشتراط ايقاع الثلاث غرض صحيح كما بينا وان طلقها ثلاثاً في هذه المسئلة متفرقات فى مجلس واحد فالالف لازمة عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى قياساً واستحسانا لأن شيئاً من البدل لم يجب بايقاع الاولى والثانية والمجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة وعندهما على القياس والاستحسان الذى بينا في حرف الباء ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته وهى في العدة بعد الخلع على جعل وقع الطلاق ولم يثبت الجعل وكذلك البائنة بعد الخلع يعنى اذا قال لها أنت بائن ثم طلقها على جعل فى العدة لأنها باعتبار قيام العدة محل للطلاق والطلاق بجعل تعليقا من الزوج بشرط القبول وقد قبلت ولا يجب عليها الجعل لان وجوب الجعل عليها باعتبار زوال ملك الزوج عنها وذلك لايحصل بعد البينونة ولكن امتناع وجوب المقبول لايمنع صحة القبول في حكم وقوع الطلاق كما لو خالعها ببدل فاسد كالخمر والخنزير ﴿قال﴾ وان قال لها بعد البينونة خلعتك ينوى به الطلاق لم يقع لان هذا اللفظ بمنزلة لفظ البينونة والحرمة وقد بينا ان ذلك لايعمل في العدة بعد الفرقة فكذلك لفظ الخلع ألا ترى ان الواقع بلفظ الخلع يكون بائنا وان لم يذكر البدل بمقابلته بخلاف الواقع بلفظ الطلاق ولو قال كل امرأة لى طالق لم تطلق هذه المبانة الا أن ينيها فان عناها طلقت لانه أوقع بهذا اللفظ على كل امرأة هي مضافة اليه مطلقا وهى المنكوحة فانها تضاف اليه ملكا ويداً فاما المبانة تضاف اليه يدا لاملكا فكانت مقيدة فلا تدخل تحت المطلق الا أن يعنيها كما لو قال كل مملوك لى فهو حر لايدخل المكاتب فيه الا أن يعنيه ولا يقع شئ من الطلاق بعد انقضاء العدة لانه ليس له عليها ملك ولا يد وبدونهما لاتكون محلا لاضافة الطلاق اليها لان الايقاع تصرف منه على المحل فيستدعى ولايته على المحل ﴿قال﴾ وان طلقها على جعل بعد الطلاق الرجعى جاز ولزمها الجعل لان زوال الملك لايحصل بهذا

الطلاق لان الطلاق الرجعي لايزيل ملك النكاح فانه يتناض عن ملك قائم له فيصح كما قبل الطلاق الرجعي ﴿قال﴾ وخلع السكران وطلاقه وعتاقه واقع عندنا وفي أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى لايقع وهو اختيار الكرخي والطحاوي وقد نقل ذلك عن عثمان وهذا لانه ليس للسكران قصد صحيح والايقاع يعتمد القصد الصحيح ولهذا لايصح من الصبي والمجنون ألا ترى أنه لو سكر من شرب البنج لم يقع طلاقه فكذلك اذا سكر من النبيذ ولان غفلته عن نفسه فوق غفلة النائم فان النائم يتنبه اذا نبه والسكران لايتنبه ثم طلاق النائم لا يقع فطلاق السكران أولى ولا معنى لقول من يقول غفلته هنا بسبب المعصية وذلك سبب للتشديد عليه لا للتخفيف فان السكران لو ارتد لم تصح ردته بالاتفاق ولا تقع الفرقة بينه وبين امرأته ولو اعتبر هذا المعنى لحكم بصحة ردته وحجتنا ماروينا كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان السكران مخاطب فاذا صادف تصرفه محله نفذ كالصاحي ودليل الوصف قوله تعالى لاتقربوا الصلاة وانتم سكارى فان كان خطابا له في حال سكره فهو نص وان كان خطابا له قبل سكره فهو دليل على انه مخاطب في حال سكره لانه لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وهذا لان الخطاب انما يتوجه باعتدال الحال ولكنه امر باطن لايوقف على حقيقته فيقام السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً وبالسكر لاينعدم هذا المعنى فاذا ثبت انه مخاطب قلنا غفلته عن نفسه لما كانت بسبب هو معصية ولا يستحق به التخفيف لم يكن ذلك عذراً في المنع من نفوذ شئ من تصرفاته بعد ما تقرر سببه لان بالسكر لايزول عقله انما يعجز عن استعماله لغلبة السرور عليه بخلاف البنج فان غفلته ليست بسبب هو معصية وما يعتريه نوع مرض لا أن يكون سكرا حقيقة فيكون بمنزلة الاغماء وبخلاف النائم لان النوم يمنعه من العمل فلا نعدام الايقاع نقول إنه لايقع والسكر لايمنعه من العمل مع ان الغفلة بسبب النوم لم تكن عن معصية وهذا بخلاف الردة فان الركن فيها الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لا نعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب ﴿قال﴾ وخلع المكره وطلاقه وعتاقه جائز عندنا وهو باطل عند الشافعي رحمه الله تعالى فتأثير الاكراه عنده في الغاء عبارة المكره كتأثير الصبي والجنون وعندنا تأثير الاكراه في انعدام الرضا لا في اهدار القول حتى تنعقد تصرفات المكره ولكن ما يعتمد لزومه

تمام الرضا كالبيع والشراء لا يلزم منه وما لا يعتمد تمام الرضا كالنكاح والطلاق والعتاق يلزم منه وحجته في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فهذا يقتضي أن عين ما أكره عليه حكمه وإثمه يكون مرفوعا عنه والمعنى فيه أن هذه فرقة يعتمد سببها القول فلا تصح من المكره كالردة وتأثيره أن القول انما يعتبر شرعا اذا صدر عن قصد صحيح وبسبب الاكراه ينعدم ذلك القصد لان المكره يقصد دفع الشر عن نفسه لا عين ما تكلم به وهو مضطر الى هذا القصد والاختيار أيضاً فيفسد قصده شرعا ألا ترى أنه لو أكره على الاقرار بالطلاق كان اقراره لغواً لهذا يقرره ان تأثير الاكراه المبيح للاقدام في جعل المكره آلة للمكره واعدام الفعل من المكره كما في الاكراه على اتلاف المال فيجعل المكره آلة ويصير كأن المكره هو الذي تكلم بالايقاع فيكون لغواً ألا ترى أن حق ابقاء قدر الملك على المكره جعل كالآلة حتى يكون المكره ضامنا قيمة عبده عندكم اذا أكرهه على أن يعتقه ويكون ضامنا نصف الصداق إذا أكرهه على الطلاق قبل الدخول فكذلك في ابقاء عين الملك عليه يجعل آلة له وحجتنا في ذلك ما روي أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت لتطلقني ثلاثا أو لأذبحنك فناشدها الله تعالى فأبت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق واستكثر محمد من الاستدلال بالآثار في أول كتاب الاكراه حتى روى عن عمر رضي الله عنه قال أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة والمعنى فيه أنه مكلف أوقع الطلاق في محله فيقع كالطائع وتفسير الوصف ان الاكراه لا يزيل الخطاب اما في غير ما أكره عليه فلا اشكال وفيما أكره عليه كذلك حتى تنوع عليه أفعاله فتارة يباح له الاقدام وتارة يفترض عليه كشرب الخمر وتارة يحرم عليه كالقتل والزنا وذلك لا يكون الا باعتبار الخطاب وتأثيره ان انعقاد التصرف بوجود ركنه ومحله ولا ينعدم بسبب الاكراه ذلك انما ينعدم الرضا به والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق ألا ترى ان الرضا باشتراط الخيار ينعدم ولا يمنع لزوم الطلاق فكذلك الاكراه وبسبب الاكراه لا ينعدم القصد الصحيح فان المكره يقصد ما باشره ولكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لا لعينه فهو كالهازل يكون قاصداً التكلم بالطلاق ولكن للعبث لا لعينه

ثم الهزل لا يمنع وقوع الطلاق فكذلك الاكراه والمكره اختيار صحيح لانه عرف الشرين فاختار أهونهما وهذا دليل صحة اختياره الا أنه لايحكم بصحة ردته لانها تبنى على الاعتقاد وهو غير معتقد وفيما يخبر به عن اعتقاده مكره وذلك دليل ظاهر على أنه غير معتقد بخلاف الهازل فانه مستخف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وبخلاف الاقرار بالطلاق فانه خبر متمثل بين الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل علي أنه كاذب والمخبر به اذا كان كذبا فالاخبار عنه لايصير صدقا ولا معنى لجعل المكره آلة للمكره هنا لانه انما يجعل بالاكراه آلة فيما يصلح ان يكون فيه آلة لغيره دون مالا يصلح ان يكون كذلك وفى التكلم لا يصلح أن يكون آلة لغيره اذ لايتحقق تكلم المرء بلسان غيره فبقي مقصوراً عليه ولكن فى حكم الاتلاف يصلح أن يكون آلة لغيره فلهذا كان الضمان على المكره مع ان الخلاف ثابت فى الاكراه بالحبس وهذا النوع من الاكراه لايجعل المكره آلة للمكره والمراد بالحديث رفع الاثم عن المكره لا رفع العين والحكم ألا ترى انه لو أكره ان يجامع ام امرأته وجب عليه الغسل وحرمت عليه امرأته بذلك ﴿قال﴾ وخلع الصبي وطلاقه باطل لانه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره وهذا لما بينا ان اعتبار القصد ينبنى على الخطاب والخطاب ينبني على اعتدال الحال وكذلك فعل ابيه عليه فى الطلاق باطل لان الولاية انما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة اليه وذلك لايتحقق فى الطلاق والعتاق ﴿قال﴾ والمعتوه والمغمي عليه من مرض بمنزلة الصبي فى ذلك لانعدام القصد الصحيح منهما ﴿قال﴾ واذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها لان الزوج من أهل الايقاع وايجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كالو قال لها ان تكلمت فانت طالق فتكلمت ولكن لايلزمها المال لان التزام المال من الصبية لايصح خصوصا فيما لامنفعة لها فيه كالالتزام بالاقرار والكفالة وقد بينا ان وقوع الطلاق يعتمد القبول لاوجود المقبول وكذلك الامة اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى فالطلاق واقع عليها ولا تؤاخذ بالمال الا بعد العتق لانها مخاطبة يصح التزامها في حق نفسها دون المولى فتؤاخذ به بعد العتق كما لو التزمت بالاقرار والكفالة وان فعلته باذن المولى بيعت فيه لان التزامها المال باذن المولى صحيح في حق المولى فتؤاخذ به في الحال والمدبرة وأم الولد فى ذلك سواء كالامة الا انها لاتحتمل البيع فتؤدي البدل من كسبها اذا التزمت

باذن المولى فأما المكاتبة لاتؤاخذ ببدل الخلع الا بعد العتق سواء اختلعت باذن المولى أو بغير اذنه لان اذن المولى غير معتبر فى الزام المال اياها ألا ترى أن المولى لايملك أن يلزمها المال ولا تأثير للكتابة فى فك الحجر عن التزام المال بسبب الخلع فلهذا تؤاخذ به بعد العتق ﴿قال﴾ واذا وكل أحد الزوجين صبياً أو معتوها أو مملوكا بالقيام مقامه بالخلع والاختلاع جاز ذلك لان الوكيل بهذا العقد سفير معبر عن الموكل ولهؤلاء عبارة معتبرة حتى ينفذ تصرفهم باذن المولى فينفذ العقد بعبارتهم أيضا ﴿قال﴾ واذا خلع الرجل ابنته الصغيرة من زوجها على صداقها ولم يدخل بها فان لم يضمن الأب فهو باطل لانه ليس له ولاية الزام المال اياها بهذا السبب اذ لا منفعة لها فيه ولا يدخل فى ملكها بمقابلته شئ بخلاف مالو زوج ابنه الصغير بماله فان ذلك العقد من مصالحه ويدخل فى ملكه شئ متقوم بازاء مايلزمه من المال فان ضمن الأب المال جاز الخلع لأن الزوج ينفرد بالايقاع واشتراط القبول فى الخلع لاجل المال فاذا كان الأب هو الملتزم للمال بضمانه يتم الخلع كما لو خالع امرأته مع أجنبي على مال وضمن الاجنبي من أصحابنا من يقول تأويل هذه المسئلة اذا خالعها على مال مثل الصداق فأما اذا خالعها على الصداق ينبغى أن لايصح لانه عين ملكها وليس للاب ولاية اخراج عين عن ملكها بغير عوض ولا معتبر بضمانه فى ذلك ولكنا نقول وان سمى الصداق فى الخلع فانما يتناول العقد مثله فضمان الاب اياه صحيح واسقاطه حقها فى نصف الصداق باطل فيغرم الزوج لها نصف الصداق كما لو طلقها قبل الدخول ويرجع الزوج على الاب بمايضمن من ذلك لأنه قد ضمن للزوج وان كان قد دخل بها فلها أن ترجع بجميع مهرها على الزوج لان حقها فى جميع المهر تأكد بالدخول فلا يملك الأب ابطال حقها عن شئ منه ولكنها ترجع بالصداق على الزوج والزوج على الأب بحكم الضمان أو ترجع على الاب بجميع الصداق هنا وبنصف الصداق فى الاول لان الاب يصير كالمعاوض مع الزوج بما ضمنه للزوج بمالها عليه ﴿قال﴾ ولو كانت كبيرة فان كان خلع الاب باذن البنت جاز ذلك عليها وان كان بغير اذنها وقد ضمن الاب للزوج فالخلع جائز وترجع هي بالصداق على زوجها ثم الزوج على الاب بحكم ضمانه لانه ليس له ولاية المعاوضة فى مالها ﴿قال﴾ وكل خلع كان بجعل فامتنع وجوب الجعل اما لفساده كالخمر أولان الملتزم لم يكن من أهله كالصغيرة فالواقع به طلاق بائن لان لفظ الخلع ليس بصريح فى الطلاق ولكنه يشبه

الفرقة كالبينونة والحرمة وكل تطليقة أو تطليقتين بجعل أبطلت الجعل وأمضيت فيه الطلاق والطلاق رجعي اذا كان قد دخل بها لان الوقوع بصريح لفظ الطلاق فلا يوجب البينونة الا بعوض ولم يجب العوض ﴿قال﴾ ولو خلع ابنته الكبيرة بصداقها وضمنه للزوج فبلغها فاجازت لم يضمن الاب شيئا لان اجازتها في الانتهاء كاذنها في الابتداء وكذلك لو خلعها بالنفقة وضمنها له بغير أمرها فان أجازت فلا شيء على الاب وان أبت فلها ان تتبع الزوج بالنفقة لانها حقها كالصداق فلا يعمل اسقاط الاب لحقها ويرجع الزوج على الاب بما ضمن له من ذلك وكذلك لو فعل هذا غير الاب من الاقارب والاجانب لانه لا ولاية للاب عليها في هذا التصرف فهو والاجنبي فيه سواء ﴿قال﴾ واذا اختلعت بمال ودفعته اليه ثم أقامت البينة أنه طلقها ثلاثا قبل الخلع كان لها أن ترجع عليه بالمال لانه تبين بهذا ان البينونة لم تحصل بما التزمت من المال فلا يكون التزامها صحيحا واقدامها على الخلع لا يمنعها من اقامة هذه البينة لان دعواها في قبول البينة على الطلاق ليس بشرط فالتناقض منها لا يمنع قبول البينة وكذلك لو أقامت البينة على حرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة ﴿قال﴾ واذا قالت المرأة اخلعني ولك الف درهم أو قالت طلقني ولك الف درهم ففعل وقع الطلاق ولم يجب المال عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب المال لوجهين أحدهما ان الواو وان كان للعطف حقيقة فقد يستعمل بمعنى الباء مجازا كما في القسم فان قوله والله كقوله بالله فقولها ولك الف بمنزلة قولها طلقني بألف أو بعني طلاق بألف وانما حملناه على هذا المجاز لمعنى المعاوضة لان الخلع معاوضة وفي المعاوضات لا يعطف أحد العوضين على الآخر انما يلصق أحدهما بالآخر الا ترى انه لو قال احمل هذا المتاع الى بيتي ولك درهم كان هذا وقوله أحمله بدرهم سواء حتى يجب المال اذا حمله ولان هذا الواو بمعنى واو الحال كقول المولى لعبده ادّ إلى الفا وانت حر وقول الغازي للمحصور افتح الباب وأنت آمن وقد بينا فيما سبق ان الواو قد تكون للحال كما في قوله انت طالق وانت مريضة واذا كانت للحال كانت هي ملتزمة المال له حال ايقاع الطلاق عليها وذلك لا يكون الا عوضا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الواو للعطف حقيقة والحمل على الحقيقة واجب حتى يقوم الدليل على المجاز وباعتبار العطف تبين أن الالف ليس بعوض عن الطلاق ولا وجه لحملها على الباء أو واو الحال لمعنى المعاوضة لان المال في الطلاق نادر والمعتاد فيه الايقاع بغير عوض بخلاف الاجارة فالعوض فيه أصل لا تصح

الاجارة بدونه وبخلاف قوله أد الى الفا وأنت حر لان أول كلامه هناك غير مفيد شرعا الا بآخره فانه يصير به تعليقا للعتق بأداء المال وهنا أول الكلام ان صدر من الزوج بان قال أنت طالق وعليك ألف درهم كان ايقاعا مفيدا بدون آخره فلا حاجة الى أن يحمله على الحال وان صدر منها فهو التماس مفيد أيضاً فلهذا لا يحمل علي واو الحال بل هو بمعنى العطف فمعناه ولك ألف درهم فى بيتك أو بمعنى الابتداء فيكون وعداً منها اياه بالمال والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم ولان أدني ما يكون في الباب أن يكون حرف الواو محتملا لجميع ما ذكرنا فالمال بالشك لا يجب ﴿قال﴾ واذا قالت طلقنى ولك ألف درهم فقال أنت طالق على هذه الالف التى سميت فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الطلاق واقع والمال عليها قبلت أولم تقبل لانها بالكلام الاول ملتزمة للمال عندهما فبقى وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بالكلام الاول لم تكن ملتزمة للمال فبقى ايقاع الزوج عليها بمال ابتداء فان قبلت وقع الطلاق ولزمها المال وان لم تقبل لا يقع عليها شئ ولوقالت طلقني ثلاثا على أن لك علىّ ألف درهم فطلقها ثلاثا لزمها المال لانها صرحت بحرف على وهو لالتزام المال ولو كان طلقها اثنتين قبل هذا فقالت طلقنى ثلاثا على أن لك ألفا فطلقها واحدة لزمها الالف لان الالف بازاء ما يصح فيه التماسها من الزوج وذلك ايقاع ماليس بواقع وهى التطليقة الثالثة فأما ايقاع ماهو واقع لايتحقق فكان تكلمها به لغواً غير معتد به ولانها التزمت المال لحصول البينونة الغليظة لها وقدتم ذلك بايقاع الثالثة ﴿قال﴾ واذا قال الرجل طلقتك أمس بألف درهم أو على ألف درهم فلم تقبلى وقالت قد قبلت فالقول قول الزوج مع يمينه لان ايجاب الطلاق بمال تعليق بقبولها فالزوج أقر بالتعليق وأنكر وجود الشرط فكان القول قوله كما لو علق بدخولها فقالت قد دخلت وأنكر الزوج ذلك وهذا بخلاف البيع اذ قال قد بعت منك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل وقال المشترى قدقبلت فالقول قول المشترى لان البيع عقد معاوضة لاينعقد الا بايجاب وقبول فاقراره بالبيع يكون اقراراً بقبول المشترى فلا يعمل رجوعه عن الاقرار بعد ذلك فأما ايجاب الطلاق بمال يكون تصرفا عند الايقاع وهو التعليق بمنزلة اليمين ولهذا لا يبطل بقيامه قبل قبولها فلم يكن هو مقراً بالايقاع أصلا فجعلنا القول قوله مع يمينه لهذا ﴿قال﴾ واذاقال لها قد طلقتك واحدة بألف درهم وقبلت وقالت هي انما سألتك أن تطلقنى ثلاثا بألف درهم وانما طلقتني واحدة فانما لك ثلث الالف فالقول قولها مع يمينها لانهما اتفقا علي

وقوع الواحدة عليها وانما تنازعا في المال فهو يدعي الزيادة عليها وهي تنكر فالقول قولها وكذلك لو قالت سألتك أن تطلقني بمائة درهم وقال الزوج بل بألف فالقول قولها لما بينا أن الاختلاف في مقدار المال الواجب عليها فان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لانه يثبت الزيادة ببينته في حقه والبينة للاثبات فتترجح بالزيادة فيه وكذلك لو قالت خلعتني بغير شئ وقال الزوج بل بألف فالقول قولها والبينة بينة الزوج لما قلنا ﴿قال﴾ واذا اتفقا على انها سألت أن يطلقها ثلاثا بألف درهم فقالت طلقتني واحدة وقال الزوج طلقتك ثلاثا فالقول قول الزوج ان كان في ذلك المجلس لانه أخبر بما يملك انشاءه وقد بينا أنه لو طلقها ثلاثا متفرقات في المجلس يلزمها الالف فلا تتمكن التهمة في خبره ﴿قال﴾ ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق حصلت له جميع الالف فان كانا قد افترقا من ذلك المجلس لزمها الطلاق ان كانت في العدة لاقرار الزوج بوقوع الطلاق عليها وهو مالك للايقاع ولا يكون عليها الا ثلث الالف لانه في حق المال متهم في خبره فانه يخبر بما يملك انشاءه فكان القول قولها مع يمينها وعليه اثبات الزيادة بالبينة ﴿قال﴾ واذا قالت المرأة سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقتني واحدة ولا شئ لك وقال هو بل سألتني واحدة على ألف وقد طلقتكها فالقول في ذلك قول المرأة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا شئ عليها لانها تنكر وجوب المال بناء على ما تقدم اذا قالت طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة لا يجب عليها شئ عند أبي حنيفة رحمه الله وان قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا بألف درهم فلم تطلقني في ذلك المجلس وقال الزوج قد طلقتك ثلاثا في ذلك المجلس فالثلاث واقعات عليها لاقرار الزوج بها والقول في المال قولها مع يمينها إما لانكارها وجوب المال أولا بانكارها الزيادة على الثلاث ان أقرت أنه طلقها واحدة في ذلك المجلس وان قالت سألتك أن تطلقني انا وصاحبتي فلانة على ألف درهم فطلقتني وحدي وقال الزوج طلقتها معك وقد افترقا من ذلك المجلس فالقول قول المرأة وعليها حصتها من الالف لان الاختلاف بينهما في مقدار ما عليها من المال والزوج مخبر بما لا يملك انشاءه في حق المال ولكن الطلاق واقع على الاخرى باقرار الزوج لانه ينفرد بالايقاع عليها وكذلك ان قالت لم تطلقني ولا صاحبتي في ذلك المجلس فالقول قولها مع يمينها لانكارها أصل المال وعلى الزوج ان يثبت المال بالبينة ولكن الطلاق واقع عليها باقرار الزوج ﴿قال﴾ واذا خلع الرجل امرأته على ألف درهم ثم

الالف تنقسم على مهريهما الذى تزوجهما عليهما لانه سمي الالف بمقابلة شيئين ومقتضى هذه التسمية الانقسام باعتبار القيمة كما لو اشترى عبدين بألف درهم الا أن البضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم فوجب المصير الى أقرب الاشياء اليه وذلك المهر الذى تزوجها عليه ألا ترى أن في الكتابة الفاسدة على العبد قيمة نفسه بعدما يعتق لان ما هو المعقود عليه هو ملك اليد والمكاسب ليست بمتقومة فيصار الى قيمة أقرب الاشياء اليه وهو الرقبة ثم الاصل في الخلع ان النشوز اذا كان من الزوج فلا يحل له ان يأخذ منها شيئاً بازاء الطلاق لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئاً وان كان النشوز من قبلها فله أن يأخذ منها بالخلع مقدار ماساق اليها من الصداق لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به ولو أراد أن يأخذ منها زيادة على ماساق اليها فذلك مكروه في رواية الطلاق وفى الجامع الصغير يقول لا بأس بذلك وجه هذه الرواية ماروى ان جميلة بنت سلول رحمها الله تعالى كانت تحت ثابت بن قيس رحمه الله تعالى فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعيب على ثابت بن قيس فى دين ولا خلق ولكني أخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضي اياه فقال صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلوات الله عليه وسلم أما الزيادة فلا وروى انه قال لثابت أخلعها بالحديقة ولا تزدد ولانه لا يملكها شيئاً انما يرفع العقد فيحل له ان يأخذ منها قدر ماساق اليها بالعقد ولا يحل له الزيادة على ذلك ووجه رواية الجامع الصغير ماروى ان امرأة ناشزة اتى بها عمر رضى الله عنه فحبسها فى مزبلة ثلاثة أيام ثم دعاها وقال كيف وجدت مبيتك فقالت مامضت على ليال هن أقر لعيني من هذه الليالى لانى لم أره فقال عمر رضى الله عنه وهل يكون النشوز الا هكذا إخلعها ولو بقرطها وعن ابن عمر رضى الله عنه ان مولاة اختلعت بكل شيء لها فلم يعب ذلك عليها وعن ابن عباس رضى الله عنه لو اختلعت بكل شيء لأجزت ذلك وهذا لان جواز أخذ المال هنا بطريق الزجر لها عن النشوز ولهذا لا يحل اذا كان النشوز من الزوج وهذا لا يختص بما ساق اليها من المهر دون غيره فاما فى الحكم الخلع صحيح والمال واجب في جميع الفصول عندنا وعند نفاة القياس لا يجب المال اذا كان النشوز من الزوج ولا تجب الزيادة اذا كان النشوز منها لقوله تعالى ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الى أن قال تلك حدود الله فلا تعتدوها وقال ابن جريج يعنى فى الزيادة والاعتداء يكون ظلما والمال لا يجب بالظلم ولكنا

نستدل بما روينا من الآثار وتأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب أصل المال ﴿قال﴾ واذا قالت المرأة لزوجها ان طلقتني ثلاثا فلك علي ألف درهم فقال نعم سأطلقك فلا شيء له حتى يفعل لانها التزمت المال بمقابلة الايقاع دون الوعد فان فعل ذلك في المجلس فله الالف وان لم يفعل في المجلس فلا شيء له والطلاق واقع لان الذي من جهتها التزام المال بمنزلة ايجاب البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس ولكن يبطل بالقيام عن المجلس قبل الايقاع فاذا أوقع الطلاق بعد ذلك مطلقا وقع الطلاق لان الزوج ينفرد به وكلامها وان كان شرطا في الصورة ففي المعنى التزام العوض لان التزام المال لا يحتمل التعليق بالشرط فهو نظير قوله ان عملت لي هذا العمل فلك علي ألف درهم يكون التزاما للعوض بطريق الاجارة ﴿قال﴾ ولو قال لها أنت طالق ثلاثا اذا أعطيتني ألفا أو متى أعطيتني ألفا فهي امرأته على حالها حتى تعطيه ذلك لانه علق الطلاق بشرط اعطاء المال فلا يقع بدونه ومتى أعطته في المجلس أو بعده فالطلاق واقع عليها لان اذا ومتى للوقت فمعنى قوله اذا أعطيتني في الوقت الذي تعطيني وليس للزوج أن يمتنع منه اذا أتته به لانه يجبر على القبول ولكن اذا وضعته بين يديه طلقت وهو استحسان وفي القياس لا تطلق حتى يقبله الزوج وهو قول زفر رحمه الله تعالى وأصله في العتاق اذا قال لعبده اذا أديت الي ألفا فأنت حر وجه القياس أن الحالف لا يجبر على ايجاد الشرط ووجه الاستحسان ان كلامه تعليق بالشرط صورة وايجاب للطلاق بعوض معنى حتى اذا قبل المال كان الواقع بائنا ولو وجده زيوفا كان له أن يرد ويستبدل وهذا حكم المعاوضة والملتزم للعوض اذا خلى بين صاحبه وبين المال يصير قابضا فباعتبار الشرط قلنا لا حاجة الى قبولها في المجلس وباعتبار المعاوضة قلنا اذا وضعت المال بين يديه طلقت وليس لها ان ترجع بشيء منه لانها أدت المال عوضا عن الطلاق وقد سلم لها ﴿قال﴾ ولو كان قال لها ان جئتني بألف درهم فأنت طالق فان جاءت به في ذلك المجلس وقع الطلاق وان تفرقا قبل ان تأتيه به بطل هذا القول لان كلام الزوج تعليق بالشرط فيتم به من غير حاجة الى قبولها ولكنها تتمكن من اداء المال في المجلس فقيامها قبل الاداء يكون مبطلا بمنزلة قوله ان شئت فأنت طالق وهما سواء في المعنى الا ان ذلك تمليك الأمر منها بغير عوض وهذا تمليك الأمر منها بعوض فكما يبطل هناك بقيامها عن المجلس قبل المشيئة يبطل هنا بقيامها قبل الأداء ﴿قال﴾ وان قال لها أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم أو على ألف درهم فهو سواء فان قبلت في ذلك

المجلس وقع الطلاق عليها والمال دين عليها تؤخذ به لان كلام الزوج ايجاب للطلاق بجعل وليس بتعليق بشرط الاعطاء بمنزلة من يقول لغيره بعت منك هذا العبد على ألف درهم أو على أن تعطيني ألف درهم يكون ايجابا لا تعليقا فاذا وجد القبول في المجلس وقع الطلاق ووجب المال عليها بخلاف قوله ان جئتني أو اذا أعطيتني فان هناك قد صرح بالتعليق بالشرط فما لم يوجد الشرط لا يقع الطلاق والدليل على الفرق ان هناك لو كان لها على الزوج ألف فاتفقا على جعل الالف قصاصا بما عليه لا يقع الطلاق وهنا يصير قصاصا بالدين الذى لها عليه وقد يجوز أن يثبت الحكم بالقبول مع التصريح بالاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وبالقبول يثبت حكم الذمة فاذا ثبت ان الحكم هنا يتعلق بقبول المال يشترط القبول منها في المجلس فاذا لم تقبل حتى قامت فهو باطل وفيما تقدم لما كان الاعطاء شرطا فبجعله قصاصا بما عليه لا يصير الشرط موجوداً قبل الاعطاء والمقاصة بين دينين واجبين في قوله اذا أعطيتنى المال المال غير واجب عليها فلا يصير قصاصا وفى قوله انت طالق على أن تعطينى المال يجب عليها بالقبول فيصير قصاصا فاذا لم يصر قصاصاً فى قوله اذا أعطيتنى فرضى الزوج ان يوقع عليها طلاقا مستقبلا بالالف التى لها عليه فذلك جائز اذا قبلت وكان هذا منه لها ايجابا مبتدأً ﴿ قال ﴾ وان كان للرجل امرأتان فسألتاه أن يطلقهما على ألف أو بألف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف أما فى حرف الباء فلانهما جعلتا الألف بدلا عن طلاقهما فاذا طلق احداهما فعليها حصتها وكذلك فى حرف على لانه لا منفعة لها فى طلاق الضرة حتى يجعل شرطا ولان أكثر ما فى الباب ان كل واحدة منهما التزمت حصتها من الالف بشرط أن يطلق صاحبتها واذا أبى كان هذا شرطا فاسدا الا أن الخلع لا يبطل بالشرط الفاسد كالنكاح فان طلق الاخرى في ذلك المجلس أيضاً لزمتها حصتها من المال فان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة فكان هذا ومالو طلقها بكلام واحد سواء وان افترقوا قبل ان يطلق واحدة منهما بطل ايجابهما بالافتراق فاذا طلقهما بعد ذلك كان الطلاق واقعا بغير بدل ﴿ قال ﴾ واذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فأقامت شاهدين شهد احدهما بالخلع بألف والآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لانها تدعي احد الامرين لا محالة فتكون مكذبة للشاهد الآخر ولأن الخلع فى جانبها قياس البيع وشهود البيع اذا اختلفوا في جنس الثمن أو فى مقداره بطلت الشهادة فكذلك هنا اذا اختلفا فى جنس

الجعل كالعرض والعبد أو كالعرض والدراهم فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما شهد بالطلاق بعوض آخر ولا يمكن ايجاب واحد من العوضين عليها فلو حكم بالطلاق لحكم بالطلاق بغير عوض وقد اتفقا ان الزوج ما أوقع الطلاق بغير عوض ﴿قال﴾ ولو كان الزوج هو المدعى للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة فان كان الزوج يدعى الفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الالف لان الطلاق قد وقع باقرار الزوج بقى منه دعوي المال ومن ادعى على غيره ألفا وخمسمائة فشهد له شاهدان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى فان ادعي الزوج الالف لم تجز شهادتهما لان الزوج قد كذب أحد شاهديه وهو الذى شهد بألف وخمسمائة والمدعي اذا أكذب شاهده بطلت شهادته له والطلاق واقع باقراره وكذلك اذا اختلفا في جنس الجعل لان الزوج مكذب لاحدهما لامحالة فلابدان يدعي أحد الجنسين فان شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة فعند أبى حنيفة لاتقبل شهادتهما لاختلافهما لفظاً وعندهما تقبل على الخمسمائة اذا ادعى الزوج الالف لاتفاقهما على مقدار الخمسمائة معني وقد بيناهذا فيما سبق ثم الاصل بعد هذا فى باب الخلع ان البدل فى الخلع بمنزلة الصداق فى النكاح فانه مال يلزمه لا بمقابلة مال وقد بينا حكم الصداق فى النكاح فالخلع قياسه الا فى فصول يذكر الفرق بينهما فيها حتي اذا اختلعت على دارفلا شفعة للشفيع فيها وان اشترطت أن يرد عليها الفا مع ذلك ففى وجوب الشفعة فى حصة الالف خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه كما فى الصداق وليس في جعل الخلع خيار الرؤية ولا رد بعيب يسير كما فى الصداق ﴿قال﴾ واذا اختلعت بما فى بيتها من شئ فهو جائز وكلما يكون فى بيتها فى تلك الساعة فهو له لان بالاشارة الى المحل تنقطع المنازعة بينهما بسبب الجهالة وان لم يكن فيه شئ فلا شئ له عليها لانها لم تغر الزوج بتسمية الشئ فانه ينطلق على مالا قيمة له فلهذا لا يلزمها شئ وفى هذا الفصل فى النكاح يجب مهر المثل ولكن باعتبار ان تسمية الشئ لغو من الزوج فكانه تزوجها على غير مهر فلها مهر مثلها وهنا يصير كانه خلعها بغير شئ فلا شئ عليها وهذا لان البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم بمهر المثل ولا قيمة للبضع عند خروجه عن ملكه ﴿قال﴾ واذا اختلعت على ما في بيتها من متاع فله ما فيه فان لم يكن فيه شئ رجع عليها بالمهر الذى أخذت منه لانها غرته بتسمية المتاع فانه اسم لما يكون متقوما منتفعا به فاذا لم يوجد في البيت شئ كان مغروراً من جهتها وللمغرور دفع الضرر عن

نفسه بالرجوع على الغار ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المتاع لكونه مجهول الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لانه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم فانه لا يملكها شيئا انما يسقط حقه عنها فكان أولى الاشياء ماساق اليها من الصداق فان الغرر يندفع عنه بالرجوع بذلك ﴿قال﴾ وان قالت اخلعني على ما في يدي من دراهم فان كانت في يدها ثلاثة دراهم أو أكثر فله ذلك وان لم يكن في يدها شئ فله ثلاثة دراهم لانها سمت جميع الدراهم وأدنى الجمع المتفق عليه ثلاثة وليس لأقصاه نهاية فأوجبنا الادنى وفي الصداق في هذا الفصل لها مهر مثلها لأن هناك الزوج يملك عليها ماهو متقوم فلها أن لا ترضى بالادنى وفي معاوضة المتقوم بالمتقوم يجب النظر من الجانبين وفي تعيين الأدنى ترك النظر لها فلهذا أوجبنا مهر المثل وهنا الزوج لا يملكها شيئا متقوما فيتعين أدنى الجمع لكونه متيقنا ولانها لما كانت تلتزم لا بعوض متقوم كان هذا في حقها قياس الاقرار والوصية ومن أقر لغيره بدراهم أو أوصى له بدراهم يلزمه ثلاثة وان كان في يدها درهمان تؤمر باتمام ثلاثة دراهم له لانها فيما التزمت ذكرت لفظ الجمع وفي المثنى معنى الجمع وليس بجمع مطلق فان التثنية غير الجمع ﴿فان قيل﴾ قد ذكرت في كلامها حرف من وهو للتبعيض والدرهمان بعض الجمع فينبغي أن لا يلزمها الا ما في يدها كما قال في الجامع اذا قال ان كان ما في يدي من الدراهم الا ثلاثة فعبده حر وفي يده أربعة دراهم كان حانثا ﴿قلنا﴾ نعم حرف من قد يكون للتبعيض وقد يكون صلة كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقال الله تعالى ما اتخذ الله من ولد ففي كل موضع يصح الكلام بدون حرف من كان حرف من فيه صلة لتصحيح الكلام كما في مسئلة الخلع فانها لو قالت اخلعني على ما في يدي دراهم كان الكلام مختلا وحرف من صلة لتصحيح الكلام وبقي منها لفظ الجمع فلهذا يلزمها ثلاثة دراهم والدنانير والفلوس في هذا قياس الدراهم ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بما في نخلها من ثمرة وليس فيها شئ فله المهر الذي أعطاها لانها غرته بتسمية الثمرة وهو اسم لمال متقوم وان اختلعت منه بما تثمر نخلها العام فهو جائز فان أثمرت فله ذلك وان لم تثمر شيئا فلا شئ له في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ثم رجع فقال يرجع عليها بما أعطاها من المهر أثمرت أو لم تثمر ولا شئ له من الثمرة وهو قول محمد رحمه الله تعالى وجه قوله الاول انها لم تغره بشئ ولكنها أوجبت له ما تثمر نخلها العام فكان هذا بمنزلة الايجاب بطريق الوصية ومن أوصى بما تثمر نخيله العام فان أثمرت فهي للموصى له

وان لم تثمر فلا شيء له فهذا مثله وجه قوله الآخر انها تلتزم بدل الخلع عوضا وان لم يكن بمقابلته ما هو متقوم والثمار المعدومة لا تصلح عوضا في شيء من العقود فيتحقق بمجرد تسمية ماهو متقوم منتفع به وذلك بمنزلة الغرور منها وذلك يثبت حق الرجوع بما أعطاها وهذا لأن الغرور ثابت هنا معنى لما تعذر تسليم المسمى له شرعا فهو بمنزلة ما لو وجد الغرور منها صورة بأن سمت المتاع الذى فى يدها وليس فى يدها متاع فيرجع عليها بما أعطاها ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بما فى بطن جاريتها أو على ماف بطون غنمها فهو جائز وله مافى بطونها بخلاف الصداق فان فى مسئلته يجب مهر المثل لها لان مافى البطن ليس بمال متقوم فى الحال ولكن باعتبار المآل هو مال بعد الانفصال إلا أن أحد العوضين فى باب النكاح لايحتمل التعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر ولايمكن تصحيح التسمية فى الحال لان المسمى ليس بمال ولا باعتبار المآل لانه في معني الاضافة أو التعليق بالانفصال فكان لها مهر مثلها واما في الخلع أحد العوضين وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر وأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل وهو مابعد الانفصال واذا صحت التسمية فله المسمى وان لم يكن فى بطونها شيء فلا شيء له لانها ماغرته فما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ريح أو ولد ميت والرجوع عليها بما أعطي بحكم الغرور وما وجد فى بطونها بعد الخلع فهو للمرأة لانها سمت الموجود في البطن عند الخلع فلا يتناول مايحدث بعد ذلك بل الحادث نماء ملكها فيكون لها ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بحكمه أو بحكمها أو بحكم أجنبي فهو جائز كما في الصداق الا أن هنالك المعيار مهر المثل وهنا المعيار ما أعطاها فان اختلعت بحكمه فحكم الزوج عليها بمقدار ماأعطاها أو بأقل فذلك صحيح لانه مسقط بعض حقه وان حكم بأكثر من ذلك لم يلزمها الزيادة الا أن ترضى به وان كان بحكمها فان حكمت بما أعطاها الزوج أو أكثر جاز لان تصرفها على نفسها بالتزام الزيادة صحيح وان حكمت بأقل من ذلك لم يثبت النقصان الا أن يرضى الزوج بذلك لان حكمها بذلك على الزوج وان كان بحكم أجنبي فله ماأعطاها لان الاجنبي ان حكم بأقل من ذلك فهو متصرف على الزوج باسقاط بعض حقه وان حكم بأكثر من ذلك فهو متصرف عليها بالزام الزيادة فلا ينفذ بدون رضاها ﴿قال﴾ وان اختلعت منه على خادم بغير عينها فهو جائز وله خادم وسط أو قيمته أيهما أتت به أجبر على القبول كما في الصداق ﴿قال﴾ وان اختلعت منه

بما تكتسب العام من مال أو بما ترثه أو بما تتزوج عليه أو بما تحمل جاريتها أو غنمها فيما يستقبل كان له المهر الذى أعطاها فى جميع ذلك لان المسمي لايصلح عوضا فى شئ من النقود اما لانه على خطر الوجود لايدرى أيكون أم لا أو لانه مجهول الجنس والصفة والقدر فلا يصح التزامه فى الخلع أيضاً ولكنها غرته بتسمية المال فيلزمها رد ماساق اليها بسبب الغرور وكذلك ماتحمل جاريتها أو نعمها من ولد لايصح تمليكه من الغير بشئ من اسباب التمليك الوصية وغيرها فيه سواء فيلزمها رد المقبوض بسبب الغرور ﴿ قال ﴾ وكذلك ان اختلعت على أن تزوجه امرأة وتمهر عنه فالخلع جائز والشرط باطل للجهالة المستتمة فى المسمى ولكن الغرور يتمكن لتسمية الامهار فعليها رد العوض وان اختلعت منه على موصوف من المكيل أو الموزون أو النبات فهو جائز كما فى الصداق وان اختلعت منه على ثوب أو على دار فالتسمية فاسدة للجهالة المستتمة كما فى الصداق وله المهر الذى أعطاها بسبب الغرور وكذلك ان اختلعت منه بدابة للجهالة المستتمة فان اسم الدابة يتناول أجناسا مختلفة فله المهر الذى أعطاها وان اختلعت منه بشئ معروف مسمى ولها عليه مهر وقد دخل بها أولم يدخل بها لزمها ماسمت له ولا شئ لها مما سمى على الزوج من المهر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها أن ترجع عليه بالمهر ان كان قد دخل بها وبنصف المهر ان لم يدخل بها وكذلك لو كانت أخذت المهر ثم خلعها قبل الدخول على شئ مسمى فليس للزوج أن يرجع عليها بشئ من المهر فى قول أبى حنيفة وفى قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يرجع عليها بنصف المهر وان كان العقد بينهما بلفظة المبارأة فكذلك الجواب فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في المبارأة الجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى والحاصل أن الخلع والمبارأة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى توجبان براءة كل واحد منهما عن صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لايرجع أحدهما على صاحبه بشئ بعد ذلك وعند محمد لايوجبان الا المسمى في العقد وفيما سوى ذلك من حقوق النكاح يجعل كالفرقة بغير جعل بالطلاق وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى في الخلع الجواب كما قال محمد رحمه الله تعالى وفى المبارأة الجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وجه قول محمد رضي الله عنه ان هذا طلاق بعوض فيجب به العوض المسمى ولايسقط شئ من الحقوق الواجبة كما لو كان بلفظ الطلاق وهذا

لانه لا تأثير لعقد المعاوضة إلا في استحقاق العوض المسمى به والدليل عليه أنه لو كان لأحدهما على الآخر دين واجب بسبب آخر أو عين في يده لا يسقط شئ من ذلك بالخلع والمبارأة فكذلك الحقوق الواجبة عليه بالنكاح والدليل عليه ان نفقة عدتها لا تسقط وهي من الحقوق الواجبة بالنكاح فكذلك المهر بل أولى لان النفقة أضعف وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المقصود بهذا العقد لا يتم الا باسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح فلا تمام هذا المقصود تعدى حكم هذا العقد الى الحقوق الواجبة بالنكاح لكل واحد منهما وهذا لان الخلع انما يكون عند النشوز وسبب النشوز الوصلة التي بينهما بسبب النكاح فتمام انقطاع المنازعة والنشوز انما يكون باسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة وفي لفظهما ما يدل عليه فان المبارأة مشتقة من البراءة والخلع من الخلع وهو الانتزاع يقول الرجل خلعت الخف من الرجل اذا قطعت مابينهما من الوصل من كل وجه فأما اذا كان العقد بلفظ الطلاق فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يسقط الحقوق الواجبة أيضاً بالنكاح لاتمام المقصود وفي ظاهر الرواية ليس في لفظ الطلاق مايدل على اسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح فلهذا لا تسقط وأما سائر الديون فوجوبها ما كان بسبب وصلة النكاح والنشوز والمنازعة لم تتحقق فيه فلهذا لا تسقط وأما نفقة العدة فهي غير واجبة عند الخلع انما تجب شيئاً فشيئاً والخلع والمبارأة سقاط ما هو واجب بحكم النكاح في الحال وأبو يوسف رحمه الله تعالى أخذ في المبارأة بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لتحقق معنى البراءة وفي الخلع أخذ بقول محمد رحمه الله تعالى لانه ليس فيه معنى البراءة عن الحقوق الواجبة فتمحل لفظ الخلع بمنزلة لفظ الطلاق وعلى هذا الاصل لو كان مهرها ألف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قولهما يرجع عليه بأربعمائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم منها لم يكن للزوج غير المائة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف وكذلك لو كان المهر عبداً بعينه في يدها فاختلعت منه بمائة درهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجع عليها بشئ من العبد وعندهما يرجع عليها بنصف العبد ولو تزوجها على ألف درهم فوهبت له النصف وقبضت النصف ثم اختلعت منه بشئ مجهول كالثوب ونحوه فانه يرجع عليها بما دفع اليها من المهر لا بالالف التي كان أصل العقد بها لان ثبوت حق الرجوع عند الغرور لدفع

الضرر عن الزوج وذلك يتم اذا رجع بما ساق اليها ولو كانت وهبت جميع المهر لزوجها لم يرجع الزوج عليها بشئ لان الرجوع بحكم قبضها ولم يقبض شيئاً والرجوع لدفع الضرر عن الزوج والضرر مندفع هنا حين سلم له جميع المهر بالهبة ﴿قال﴾ واذا اختلعت من زوجها بعبد بعينه فمات قبل أن يسلمه فعليها قيمته له كما في الصداق لان السبب الموجب للتسليم لم ينفسخ بهلاكه فان تبين ان العبد كان مات قبل الخلع فانما يرجع عليها بالمهر الذى أخذت منه لانها غرته بتسمية العبد وان كان حيا فاستحق فعليها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسليم له وان ظهر انه كان حراً فعليها المهر الذى أخذت منه فى قول أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما وفى قول أبى يوسف رضي الله عنه عليها قيمته أن لو كان عبداً وهذا والصداق سواء ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بما لا يحل كالخمر والخنزير والميتة لم يكن له عليها شئ لان المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين فلا يتمكن الغرور منها بهذه التسمية وصارت هذه التسمية وجودها كعدمها وبهذا فارق الصداق فان تسمية الخمر هناك وجودها كعدمها ولكن بدون التسمية يجب مهر المثل هناك ولا يجب هنا شئ وان غرته فقالت اختلع منك بهذا الخل فاذا هو خمر فعليها أن ترد المهر المأخوذ في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليها مثل ذلك الكيل من خل وسط وهذا والصداق سواء ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم ثم اختلعت منه بمال مؤجل فهو جائز اذا كان الأجل معلوما لان الخلع عقد معاوضة فيصح اشتراط الاجل المعلوم في بدله كسائر المعوضات وان كان الاجل مجهولا جهالة مستتمة مثل الميسرة أو موت فلان أو قدوم فلان فالمال عليها حال لان الأجل إسم لزمان منتظر ولم يصر مذكوراً بذكر هذه الألفاظ لجواز ان يتصل موت فلان أو قدومه والميسرة بالعقد فبقى هذا شرطاً فاسداً والخلع لا يبطل به فكان المال حالا عليها وان كان الى الاعطاء أوالى الدياس أو النيروز أوالمهرجان فالمال الى ذلك الأجل لانهما ذكرا فى العقد ماهو أجل وهو الزمان الذى هو منتظر فان وقت الشتاء ليس بزمان الحصاد والدياس بيقين ولكن فى آخره بعض الجهالة من حيث أنه قد يتقدم اذا تعجل الحر ويتأخر اذا تطاول البرد ولكن هذا القدر لا يمنع صحة الأجل خصوصا فى العقد المبني على التوسع كالكفالة والخلع مبنى على التوسع فتثبت فيه هذه الآجال فان ذهبت الغلة فى ذلك العام فلم يكن حصاد ولا جزاز فالاجل الى مثل ذلك الوقت

الذي يكون فيه في مثل ذلك البلد وكذلك العطاء لان ذكر العطاء كان على سبيل الكناية عن وقته فلا معتبر بوجود حقيقته ووقته معروف عند الناس في كل موضع فاذا جاء ذلك الوقت وجب تسليم المال وبدل الخلع اذا كان دينا فهو في حكم أخذ الرهن والكفيل به بمنزلة الصداق حتى اذا هلك هلك بما فيه وكان هو أمينا في الفضل ﴿ قال ﴾ وان خلعها على وصيف بغير عينه فان جاءت بقيمته أجبر على قبوله كما في الصداق وان صالحها من الوصيف على دراهم مما يكال او يوزن أو العروض أو الحيوان من غير صفته فهو جائز بعد ان يكون يداً بيد كما في الصداق وهذا لانه اذا لم يكن مقبوضاً كان دينا بدين وذلك حرام ﴿ قال ﴾ واذا اختلعت في مرضها بمهرها الذي كان لها على زوجها ثم ماتت في العدة فله الاقل من ميراثه ومن المهر ان كان يخرج من ثلث مالها مهر وان لم يكن لها مال سوى ذلك فله الاقل من ميراثه منها ومن الثلث وان ماتت بعد انقضاء العدة فله المهر من ثلث مالها والحاصل انه اذا اختلعت في مرضها فبدل الخلع معتبر من ثلث مالها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى من جميع المال واعتبر الخلع بالنكاح فان المريض لو تزوج امرأة بصداق مثلها اعتبر من جميع ماله لان ذلك من حوائجه وكذلك المريضة اذا اختلعت لان ذلك من حوائجها لتتخلص به من أذى الزوج ولكنا نقول البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم وعند الخروج لايتقوم حتى ان للاب أن يزوج ابنه امرأة بماله وليس له أن يخالع ابنته من زوجها بمالها والخلع ليس من أصول حوائجها فكان بدل الخلع بمنزلة الوصية منها للزوج فيعتبر من الثلث ومن عليه القصاص اذا صالح في مرضه على الدية عندنا يعتبر من جميع ماله لانه يحتاج اليه لاحياء نفسه فكان ذلك من أصول حوائجه بخلاف بدل الخلع وعند زفر رحمه الله تعالى يعتبر هنا من الثلث بخلاف الخلع لان القصاص عقوبة ولا يعتاض عنه بالمال حقيقة فيكون التزام المال بمعنى الصلة المبتدأة والمملوك بالنكاح مما يعتاض عنه بالمال باعتبار الاصل وما يسلم للزوج هنا يصلح أن يكون عوضا يعتبر من جميع مالها اذا عرفنا هذا فنقول اذا ماتت قبل انقضاء العدة فسبب ميراثه باق ببقاء العدة ويجوز أن يكون قصدها بهذا الخلع ايصال المنفعة المالية الى الزوج ولكن هذه التهمة في الزيادة على قدر ميراثه فأما في الاقل فلا تهمة فلهذا كان له الاقل من ميراثه ومما سمت له واذا ماتت بعد انقضاء العدة فليس بينهما سبب التوارث عند موتها فيكون له جميع المسمى من الثلث بمنزلة

مالو أوصت له أو أقرت له بشئ بعد ماطلقها ثلاثا وان كان لم يدخل بها فاختلعت منه في مرضها بمهرها فنقول امانصف المهر فقدسقط عن الزوج بالطلاق قبل الدخول لا من جهتها والنصف الباقي له من ثلث مالها لان ذلك القدر بمنزلة الوصية منهاله وليس بينهما سبب التوارث اذا كان الطلاق قبل الدخول فلا معني لاعتبار الاقل وكذلك ان كانت اختلعت منه بأكثر من مهرها فنصف المهر سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الباقي مع الزيادة للزوج من ثلث مالها فان برئت من مرضها فله جميع المسمى بمنزلة مالو خالعها في صحتها ﴿قال﴾ وان اختلعت وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر لانه لو طلقها بغير عوض كان صحيحا فبالعوض القليل أولى ولا ميراث لها منه لان الفرقة انما وقعت بقبولها فكانه طلقها بسؤالها ﴿قال﴾ وان تبرع أجنبي في مرضه باختلاعها من الزوج بمال ضمنه للزوج فهو جائز من ثلثه اذا مات من ذلك المرض لان الاجنبي التزم المال في مرضه من غير عوض حصل له فكان معتبراً من ثلثه وان كان الزوج مريضاً حين فعل الاجنبي هذا بغير رضاها فلها الميراث اذا مات الزوج قبل انقضاء عدتها لان الفرقة وقعت بغير رضاها فيكون الزوج فارا في حقها ﴿قال﴾ واذا وكل رجل رجلا ان يخلع امرأته فقام الوكيل من مجلسه قبل أن يخلعها فهو على وكالته لان مطلق التوكيل لايتوقت بالمجلس كما في سائر العقود وهذا لان المطلوب من الوكيل تحصيل مقصود الموكل والمجلس ومابعده في هذا سواء وهذا بخلاف مالو قال لها أمرك بيدك لان ذلك تمليك الامر منها وجواب التمليك يقتصر على المجلس وهذا إنابة له مناب نفسه في عقد الخلع فيصير نائبا عنه مالم يعزله كما لو قال له طلقها ﴿قال﴾ واذا وكل رجلين بالخلع فخلع أحدهما لم يجز لان الخلع عقد معاوضة يحتاج فيه الى الرأي والتدبير وهو انما رضى برأي المثني ورأي الواحد لايكون كرأي المثني فلا يحصل مقصوده اذا انفرد أحدهما به كما في البيع بخلاف ما لو قال طلقاها فطلقها أحدهما جاز لان ايقاع الطلاق مجرد عبارة لا يحتاج فيه الى الرأى والتدبير وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء وما هو مقصود الزوج يحصل بايقاع أحدهما ﴿قال﴾ واذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على عبدي هذا ان شئت فقامت من مجلسها قبل أن تشاء فهي امرأته ولا يقع الطلاق في هذا الا بقبولها لان العبد المسمي ملك الزوج فكان ذكره والسكوت عنه سواء فيبقى قوله أنت طالق ثلاثا ان شئت فاذا قامت قبل أن تشاء خرج الامر من

بدها فلا يقع عليها شئ لان المشيئة منها لم توجد ولانه اوقع الطلاق بعوض فلا يقع الا بوجود القبول وان لم يجب العوض ولا منفعة فيه لأحدهما كما لو طلقها على خمر أو ميتة لا يقع الطلاق الا بقبولها وان كان لا يجب عليها شئ بعد القبول وان قبلت في المجلس وقع الطلاق عليها لوجود القبول ولانها لما قبلت فقد شاءت والعبد عبد الزوج على حاله لان ملكه لا يكون عوضاً عن ملكه ولا شئ له عليها لانها لم تغره وان قال أنت طالق ان شئت على عبدك الذي في يدي فان قبلت وقع الطلاق عليها وله العبد لان ملكها يصلح عوضاً عن الطلاق سواء كان في يدها أو في يد الزوج فان استحق العبد فله قيمته لان التسليم بالعقد صار مستحقاً عليها وقد بطل فيبقى الزوج بالاستحقاق من الاصل والسبب الموجب تسليم قائم فعليها قيمته له ﴿قال﴾ وان طلقها على ما في يده فقبلت فاذا في يده جوهرة لها فهي له وان لم تكن علمت بذلك لانها هي التي أضرت بنفسها حين قبلت الخلع قبل أن تعلم ما في يده ولو اشترى منها بهذه الصفة كان جائزاً ولا خيار لها فالخلع أولى وان لم يكن في يده شئ فالطلاق رجعي ولا شئ له عليها لانها لم تغره وصريح الطلاق لا يوجب البينونة الا بعوض ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بعبد حلال الدم فقتل عنده بقصاص رجع عليها بقيمته في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا بمنزلة الاستحقاق عنده على ما نبينه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وكذلك لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا بمنزلة العيب الفاحش يكون في يدها بالعبد وعندهما عيب القطع في حكم الحادث عند الزوج فيمنعه من رد العبد عليها وموضع بيان هذه المسئلة في كتاب البيوع ﴿قال﴾ ولو خلعها على عبد نصراني أو أمة لها زوج أو عبد له امرأة ولم تعلمه ذلك لم يرجع عليها بشئ فان هذا بمنزلة العيب اليسير لان نقصان المالية يقل بهذه الاسباب وبدل الخلع لا يرد بالعيب اليسير كالصداق ﴿قال﴾ وان اختلعت ومهرها ألف درهم على عبد على ان زادها ألف درهم فاستحق العبد من يده رجع عليها بالالف وبنصف قيمة العبد لان المرأة بذلت العبد بازاء شيئين الالف التي قبضت والخلع وهما سواء فانقسم العبد نصفين نصفه بيع من الزوج بالالف فعند الاستحقاق يرجع بثمنه المدفوع ونصفه بدل الخلع فعند الاستحقاق يرجع بقيمته فلهذا رجع عليها بالالف وبنصف قيمة العبد وكذلك لو كان أعطاها مكان الالف خادما قيمته ألف أخذ الخادم ونصف قيمة العبد

لان نصف العبد كان بيعاً له بالخادم والاستحقاق يبطل البيع فيرجع بالخادم والنصف الآخر من العبد كان جعلا فيرجع بقيمته عند الاستحقاق ﴿قال﴾ وان خلعها على ان أعطته درهما قد نظر اليه في يدها فاذا هو زيف أوستوق فله أن يأخذ منها جيداً لان مطلق تسمية الدراهم يتناول الجياد فكان له ان يرد الزيف والستوق ويطالبها بما استحق من العقد ﴿قال﴾ وليس هذا بمنزلة العيب في العبد يريد به ان العبد لا يرد بالعيب اليسير في الخلع والدراهم ترد بعيب الزيافة وإن كان ذلك عيباً يسيراً لان الخلع ماتعلق بتلك الدراهم بعينها وانما تعلق بدراهم جياد في ذمتها حتى ان لها ان تمنع ذلك الدرهم وتعطيه آخر فكان له ان يطالبها بما استحق بالعقد ولانه بالردهنا يستفيد شيئاً وهو الرجوع بالجيد بخلاف العبد فان العبد تعلق بعينه فلا يستفيد شيئاً برده بعيب يسير لانه يرجع بقيمته ولا فرق بين قيمته صحيحاً وبين عينه مع العيب اليسير ﴿قال﴾ ولو اختلعت منه على ثوب في يدها أصفر فقالت هو هروى فاذا هو مصبوغ كان له ثوب هروى وسط لان المسمى اذا لم يكن من جنس المشار اليه فالعقد يتعلق بالمسمي ولهذا لا يجوز البيع في مثله لانه يتعلق بالمسمى وهو معدوم فكذلك بالخلع يتعلق بالمسمى وهو ثوب هروى والخلع على مثله صحيح وينصرف الى الوسط كما في الصداق ﴿قال﴾ واذا تزوج المريض امرأة مريضة على ألف درهم ودفعها اليها ولا مال له غيرها ومهر مثلها مائة درهم فاختلعت بها منه قبل ان يدخل بها ثم ماتت من ذلك المرض ولا مال لها غيرها ثم مات الزوج بعدها من ذلك المرض فلورثة المرأة من هذه الألف مائتا درهم وخمسة وسبعون درهما ولورثة الزوج سبعمائة وخمسة وعشرون درهما وهذه المسألة تنبنى على أصول أحدها ان المريض اذا تزوج امرأة على أكثر من صداق مثلها فالزيادة على صداق المثل بمنزلة الوصية في الاعتبار من الثلث ومقدار صداق مثلها لايعتبر من الثلث والثاني ان المريضة اذا اختلعت من زوجها بمال يكون معتبراً من ثلث مالها والثالث أن الطلاق قبل الدخول يسقط نصف الصداق عن الزوج شرعا ثم وجه تخريج المسئلة أن في مقدار مهر مثلها وهو المائة لا وصية من الزوج لها وقد عاد بالطلاق قبل الدخول نصفه اليه بقى لها خمسون وقد أوصت بذلك للزوج حين اختلعت منه به فانما يسلم للزوج ثلث ذلك وهو ستة عشر وثلثان فيكون حاصل مال الزوج تسعمائة وستة وستين وثلثين وقد حاباها بأربعمائة وخمسين في أصل النكاح لان المحاباة كانت تسعمائة ولكن بالطلاق قبل الدخول عاد الى الزوج

نصفها فبقيت المحاباة بأربعمائة وخمسين وذلك أكثر من ثلث ماله فتعتبر محاباته من الثلث فكان ينبغي أن يسلم لهاثلث هذاالمقدار الا أنه قال انه تنفذ وصيته فى ثلاثة أثمان هذا المقدار لانا لو نفذنا فى ثلثها رجع ثلث ذلك الى ورثة الزوج بالخلع فيزداد مالهم وتجب الزيادة فى تنفيذ الوصية لها بحسبه فلا يزال يدور هكذا فلقطع الدور قال تنفذ وصيته في ثلاثة أثمانه وطريق معرفة ذلك بالسهام انك تحتاج الى مال ينقسم ثلثه أثلاثا وأقل ذلك تسعة فكان ينبغى أن يجعل مال الزوج على تسعة أسهم وتنفذ وصيته فى ثلثه الا أن سهمامن هذه الثلاثة يعود الى الورثة بالخلع وصية منها له فيصير في يد ورثة الزوج سبعة أسهم وحاجتهم الى ستة وهذا السهم الزائد هو الدائر الذى يسعى الى الفساد فالسبيل طرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من قبله وهومعنى قول أبي حنيفة سهم الدورساقط وانما ظهر هذا الدور من جانب الورثة بزيادة حقهم فنطرح من أصل حقهم سهما فيبقى حقهم في خمسة وحق المرأة فى ثلاثة فيكون ثمانية فلهذا جعلنا مال الزوج على ثمانية ثم نفذنا وصيته لها فى ثلاثة ويعودسهم من هذه الثلاثة الى ورثته بالخلع فيحصل للورثة ستة وقد نفذنا الوصية فى ثلثه فيستقيم الثلث والثلثان ثم وجه التخريج من حيث الدراهم ان مال الزوج تسعمائة وستة وستون وثلثان فاذا قسمت ذلك اثمانا فكل ثمن من ذلك مائة وعشرون وخمسة أسداس فثلاثة أثمانه تكون ثلثمائة واثنين وستين ونصفا تنفذ الوصية فى الابتداء فى هذا المقدار يبقى للورثة ستمائة وأربعة وسدس ثم يعود اليهم من جهتها مائة وعشرون وخمسة أسداس فيكون جملة ذلك سبعمائة وخمسة وعشرين وقدنفذنا الوصية فى ثلثمائة واثنين وستين ونصف فيستقيم الثلث والثلثان وحصل لورثة المرأة فى الابتداء ثلاثة وثلاثون وثلث وبالوصية مائتان واحد وأربعون وثلثان فيكون جملة ذلك مائتين وخمسة وسبعين فاستقام التخريج وهذه المسألة بأخواتها تعود فى كتاب العتق فى المرض فيؤخر تخريج سائر الطرق الى ذلك الموضع والله أعلم بالصواب

باب المشيئة فى الطلاق

﴿قال﴾ رجل قال لامرأته ان شئت فأنت طالق فذلك اليها مادامت فى مجلسها لانه علق الوقوع بمشيئتها وذلك من عملها بمنزلة إختيارها وقد اتفقت الصحابة رضوان الله عليهم

ان للمخيرة الخيار مادامت في مجلسها فكذلك يثبت هذا الحكم فيما هو في معناه وهو المشيئة وهذا لان الرأي الذى يوجبه الزوج لها معتبر بما يثبت لها من الخيار شرعا وهو خيار المعتقة وذلك يتوقت بمجلسها غير انهـا ان شاءت هنا فهي طالق تطليقة رجعية لان الوقوع بلفظ الزوج وقد أتى بصريح الطلاق وان قامت قبل ان تشاء فهي امرأته ولا مشيئة لها بعد ذلك لانقطاع مجلسها بالقيام أو لوجود دليل الاعراض عما فوض اليها من المشيئة وكذلك ان أخذت في عمل آخر يعرف أنه قطع لما كانا فيه من ذكر الطلاق لان الاعراض عن المشيئة يتحقق باشتغالها بعمل آخر كما يتحقق بقيامها وقيام الزوج من ذلك المجلس لا يبطل مشيئتها لان قيامه دليل الرجوع فيكون كصريح الرجوع ولو رجع عما قال كان رجوعه باطلا بخلاف قيامها فانه دليل الرد ولو ردت المشيئة صح منها وبه فارق البيع فان الموجب لو قام عن المجلس قبل قبول الآخر يبطل ايجابه فكذلك يبطل بقيامه وكذلك لو قال ان أحببت أو هويت أو رضيت أو أردت فأنت طالق لان هذه الالفاظ في المعنى تتقارب فانه تعليق للوقوع باختيارها ولان هـذه المعانى لا تفارقها كمشيئتها فيتحقق منها فى المجلس ولو قال طلقى نفسك ان شئت أو أحببت أو هويت أو رضيت أو أردت فهو كذلك الا أن هنا ما لم تقل طلقت نفسى لا يقع لان قوله طلقي نفسك تمليك الامر منها وقد علقه بالمشيئة فاذا قالت شئت صار الامر فى يدها لوجود الشرط فلا يقع ما لم توقع وهناك قوله أنت طالق ايقاع وقد علقـه بالمشيئة فاذا قالت شئت يتنجز وان قال ان كنت تحبيننى أو تبغضينني فأنت طالق أو ما أشـبه هذا من الكلام الذى لا يطلع على ما فى قلبها غيرها فذلك اليها في المجلس والقول فيه قولهـا استحسانا وفى القياس لا يقبل قولهـا اذا أنكره الزوج لانها تدعى شرط الطـلاق وذلك منها كدعوى نفس الطلاق ولـكنه استحسن فقال لا طريق لنا الى معرفة هـذا الشرط الا من جهتها فلا بد من قبول قولها فيه لان الحجة بحسب الممكن فى كل فصل ولما علق الزوج الطلاق بمـا في قلبها مع علمه انه لا يعرف ذلك الا بقولهـا صار الطلاق معلقاً باخبارها فكأنه قال ان أخبرتنى أنك تحبيني وقد أخبرت بذلك فانما أقمنا نفس الخبر مقام حقيقة ما في قلبها للتيسير استحسانا لهذا وانما توقت بالمجلس لان إخبارها يتحقق فى المجلس كمشيئتها واختيارها ولو قال لها طلقي نفسك ولم يذكر فيه مشيئة فذلك بمنزلة المشيئة لهـا ذلك مادامت فى المجلس لانه تمليك للايقاع منها وجواب التمليك يقتصر على المجلس بخلاف مالو

قال لأجنبي طلق امرأتي فان ذلك توكيل والتوكيل لايتوقت بالمجلس وفي جانبها ليس بتوكيل فانها لاتكون وكيلا ولا رسولا فى الايقاع على نفسها فبقي تمليكا للأمر منها فان طلقت نفسها ثلاثا وقال الزوج أردت ثلاثا فهي طالق ثلاثا لان قوله طلق نفسك تفويض ولهذا جعلناه تمليكا للامر منها على معنى أنه فوض اليها ما كان اليه والتفويض يحتمل معنى العموم والخصوص فنية الثلاث فيه نية العموم وبعد ما صارت الثلاث مفوضة اليها يكون ايقاعها الثلاث كايقاع الزوج ولو قال أردت واحدة لم يقع عليها شئ فى قول أبي حنيفة وعندهما يقع عليها واحدة وكذلك لو قال طلق نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يقع عليها واحدة وان قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة أو اثنتين وقع ذلك بالاتفاق هما يقولان أوقعت ما فوض اليها وزادت على ذلك لان الواحدة موجودة فى الثلاث فهو كما لو قالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة وكما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرتها وكما لو قال لعبده أعتق نفسك فأعتق نفسه وصاحبه أوقال لاجنبي بع عبدي هذا فباعه مع عبد آخر والدليل على وجود الواحدة فى الثلاث ان الثلاث آحاد مجتمعة ألا ترى انه لو قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة يقع وانما يصح ايقاعها اذا كان ما أوقعت موجوداً فيما فوض اليها توضيحه انه لو قال لها طلق نفسك فقالت ابنت نفسي يقع عليها تطليقة رجعية وبما زادت من صفة البينونة لاتنعدم الموافقة فى أصل الطلاق فكذلك اذا أوقعت الثلاث لان موجب الثلاث البينونة الغليظة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أتت بغير مافوض اليها فكانت مبتدئة فيتوقف ايقاعها على اجازة الزوج كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها وبيان الوصف ان الثلاث غير الواحدة وقد قررنا هذا فى مسئلة الشهادة فيما سبق بخلاف مالو قالت واحدة وواحدة وواحدة لانها بالكلام الاول تكون ممتثلة لما فوض وفي الكلام بالثانية والثالثة تكون مبتدئة وكذلك أن أوقعت على نفسها وضرتها ﴿فان قيل﴾ فكذلك هنا بقولها طلقت نفسي تكون ممتثلة لو اقتصرت عليه فانما تكون مبتدئة فى قولها ثلاثا فتلغو هذه الزيادة ﴿قلنا﴾ الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بالعدد لا بلفظ الطلاق ولهذا لوقال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو مات بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثا لم يقع شيء فاذا كانت مبتدئة فى كلمة الايقاع لم يقع عليها شئ بدون اجازته وبه فارق صفة البينونة لان قولها

أبنت نفسي أي طلقت نفسي تطليقة بائنة واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسي لابذكر صفة البينونة وهي في ذلك ممتثلة امره وهذا بخلاف مالو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان الثلاث غير الواحدة ولكن من ضرورة صيرورة الامر في يدها في الثلاث وقوع الواحدة بايقاعها فانها بعض ما صار مملوكا لها فانما ينفذ باعتبار أنها تصرفت فيما ملكت وهنا انما صارت الواحدة في يدها وليس من ضرورته صيرورة الثلاث في يدها فهي في ايقاع الثلاث غير متصرفة فيما تملك ولا ممتثلة أمره توضيحه أن المخاطب متى زاد على حرف الجواب كان مبتدئا كما لو قال تعال تغد معي فقال ان تغديت اليوم فعبده كذا كان مبتدئا حتى لو رجع الى بيته فتغدى حنث لانه زاد على حرف الجواب ومتى نقص لا يكون مبتدئا والمخاطبة بالواحدة اذا أوقعت الثلاث فقد زادت على حرف الجواب والمخاطبة بالثلاث اذا أوقعت الواحدة لم تزد على حرف الجواب فلهذا افترقا يقرره انه اذا فوض الثلاث اليها فأوقعت واحدة فهي تقدر على ايقاع الثانية والثالثة في المجلس ولو فعلت كانت ممتثلة لامحالة فبتركها ايقاع الثانية والثالثة لا تخرج من أن تكون ممتثلة في الاولى بخلاف ماذا أوقعت الثلاث وقد أمرها بالواحدة لان هناك لا تقدر على الامتثال بعد هذا لاشتغالها بغير ما أمرها به ﴿قال﴾ ولو قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت قد شئت واحدة أو اثنتين فهذا باطل لان قوله ان شئت أي ان شئت الثلاث فان هذا اللفظ غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من أن يجعل بناء على ما سبق واذا جعلناه بناء يتبين أنه جعل الشرط مشيئتها الثلاث فلا يتم الشرط بمشيئتها الواحدة ولو قال لها أنت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت اثنتين أو ثلاثا لم يقع شئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لم توجد مشيئتها الواحدة فان الثلاثة غير الواحدة وعندهما تقع واحدة لانها قد شاءت الواحدة وزيادة وهذا بناء على الفصل الاول ﴿قال﴾ ولو قال لها انت طالق ثلاثا ان شئت فقالت قد شئت واحدة وواحدة وواحدة وقع عليها ثلاث تطليقات دخل بها أو لم يدخل بها لان تمام الشرط بآخر كلامها فما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء فلهذا وقع الثلاث عند تمام الشرط جملة سواء دخل بها أولم يدخل بها ولان الكلام المعطوف بعضه على بعض يتوقف أوله على آخره وبآخره تحقق منها مشيئة الثلاث فكأنها قالت شئت ثلاثا ولو قالت شئت واحدة وسكتت ثم قالت شئت واحدة وواحدة لم يقع عليها شيء لان كلامها تفرق بسكوتها وهي

في الكلام الاول شاءت غير ماجعله الزوج شرطا لان الشرط مشيئتها ثلاث وقد شاءت واحدة واشتغالها بمشيئة أخرى يكون رداً للمشيئة التي جعلها الزوج شرطا فكان هذا بمنزلة قولها لا أشاء، ولو قالت ذلك لم يكن لها مشيئة بعده فكذلك هنا بخلاف الاول من كلامه موصول هناك وبتأخره يبين انه ايجاد للشرط لا رد للمشيئة ولو قالت قد شئت ان شاء أبي كان هذا باطلا لان الشرط مشيئتها وما أتت به انما علقت مشيئتها بمشيئة أبيها والتعليق غير التنجيز ألا ترى ان المفوض اليها تنجيز الطلاق لا تمليك التعليق ثم اشتغالها بالتعليق بمنزلة قيامها في خروج الامر من يدها فلا مشيئة لها بعد ذلك وان كانت في المجلس ولو قال لها اذا شئت فانت طالق أو متى شئت كان لها ان تشاء في المجلس وبعد القيام من المجلس متى شاءت مرة واحدة لان كلمة اذا ومتى للوقت فكأنه قال أي وقت شئت فيكون موجب هذا الحرف تعدي المشيئة الى ما بعد المجلس من الاوقات لا التكرار فكان لها المشيئة مرة واحدة في أي وقت شاءت وكذلك قوله اذا ما شئت أو متى ما شئت ولو قال لها أنت طالق كلما شئت كان لها ذلك أبداً كلما شاءت مرة بعد أخرى حتى يقع عليها ثلاث تطليقات لان كلمة كلما تقتضي التكرار وان شاءت مرة واحدة وصارت طالقا واحدة وانقضت عدتها ثم تزوجها كان لها المشيئة أيضاً لبقاء بعض التطليقات المملوكة له ولو شاءت ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج فلا مشيئة لها لان كلامه انما يتناول التطليقات المملوكة ولم يبق منها شئ بعد وقوع الثلاث وفي هذا خلاف زفر وقد بيناه ولو انها شاءت مرتين ووقع عليها تطليقتان وانقضت عدتها فتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت اليه تعود بثلاث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ولها المشيئة في ذلك كله مرة بعد مرة لبقاء شئ من التطليقات المملوكة له وقد قررنا هذا الفرق فيما سبق أنه اذا بقي شئ مما تناوله عقده واستفاد من جنسه يتعدى حكم ذلك العقد اليه بخلاف ما اذا لم يبق شئ منه وكذلك لو لم تشأ حتى طلقها الزوج ثلاثا فلا مشيئة لها بعد ذلك وان عادت اليه بعد الزوج بخلاف ما لو طلقها واحدة أو اثنتين ولو لم تشأ شيئا وردت المشيئة كان ردها باطلا لأن ردها إعراض بمنزلة قيامها عن المجلس وفي لفظ كلما لا يبطل مشيئتها بقيامها فكذلك بردها وهذا لان شرط المشيئة في حكم الرد كسائر الشروط ولو علق الطلاق بدخولها الدار فردت كان ردها باطلا ألا ترى أن في جانب الزوج جعل هذا في اللزوم والتعليق بشرط آخر سواء (قال) ولو

قال لما كلما شئت فأنت طالق ثلاثا فقالت شئت واحدة فهذا باطل لان معنى كلامه كلما شئت الثلاث ولو قال كلما شئت فأنت طالق واحدة أو قال فأنت طالق ولم يقل واحدة فشاءت الثلاث لم يقع عليها شئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقع واحدة وقد بينا هذا ولو قالت قد شئت أمس تطليقة وكذبها الزوج فالقول قول الزوج لانها أخبرت بما لاتملك انشاءه فانها أخبرت بمشيئة كانت منها أمس ولا يبقى لها ذلك بعد مضى أمس ﴿فان قيل﴾ أليس انها لو شاءت في الحال يصح منها فقد أخبرت بماتملك انشاءه ﴿قلنا﴾ لا كذلك فالمشيئة في الحال غير المشيئة في الامس وكل مشيئة شرط تطليقة فهي لا تملك إنشاء ما أخبرت به انما تملك انشاء شئ آخر وهو بمنزلة قوله لها أنت طالق ان دخلت الدار اليوم أو ان كلمت فلانا غداً فقالت في الغد قد كنت دخلت الدار أمس لايقبل قولها وان كانت تملك الايقاع في الحال بأن تكلم فلانا ولوقالت قد شئت أن أكون طالقا غداً كان ذلك باطلا لانه فوض اليها التنجيز فلا تملك الاضافة الى وقت منتظر كما لاتملك التعليق بالشرط ﴿قال﴾ واذا قال لامرأتيه ان شئتما فأنتما طالقان فشاءت إحداهما دون الاخرى كان باطلا عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تطلق التي شاءت لانه لوخاطبها بالطلاق مطلقا كان كلامه متناولا كل واحدة منهما فكذلك اذا خاطبهما بطلاق معلق بالمشيئة يصير كانه قال لكل واحدة منهما أنت طالق ان شئت ولكنا نقول معنى قوله اذا شئتما أي شئتما طلاقكما فبمشيئة احداهما وجد بعض الشرط وبوجود بعض الشرط لاينزل شئ من الجزاء كما اذا قال اذا دخلتما هذه الدار أو كلمتما فلانا ففعلت احداهما دون الاخري وعلى هذا لوشاءتا ايقاع الطلاق على احداهما دون الاخرى لم تطلق لان الشرط مشيئتهما طلاقهما فبمشيئتهما طلاق احداهما يوجد بعض الشرط وكذلك لو ماتت احداهما ثم شاءت الاخرى الطلاق كان ذلك باطلا لانه تحقق فوات بعض الشرط بموت احداهما وكذلك هذا في الاجنبيتين وكذلك في المحبة اذا قال ان احببتما أن أطلقكما فاحبتا طلاق احداهما لم يقع شئ ﴿قال﴾ قال رجل لامرأته شائي طلاقك ينوى الطلاق فقالت قد شئت فهى طالق فان لم يكن له نية فليس بطلاق لما بينا أن مشيئتها من عمل قلبها كاختيارها وهذا بمنزلة قوله اختارى الطلاق فقالت قد اخترت وهناك أن نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك هنا لانه يحتمل أن يكون مراده اختارى الطلاق لا طلقك أو اختارى فتكوني طالقا فاعتبر نية الايقاع فيه فكذلك

في المشيئة وان قال أحبي الطلاق أو أريدي الطلاق أو اهوى الطلاق فقالت قد فعلت كان باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبة والهوى من العباد نوع تمن فكأنه قال لها تمني الطلاق فقالت قد تمنيت لا يقع به شئ وفي الكتاب أشار الى الفرق بين هذا وبين قوله شائي لان قوله شائي الطلاق واجبة فيكون مملكا منها وأحبي وأريدي واهوى لم تملكها ايه شيئا ومعنى هذا أن المشيئة فى صفات المخلوقين الزم في اللغة من الارادة والهوى والمحبة ألا ترى أن المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء وقد تذكر الارادة قال الله تعالى فوجدا فيها جدارا يريد أن ينقض وليس الى الجدار من الارادة شئ توضيح الفرق أن الزوج هو الموقع ولهذا اشترط نية الايقاع منه ولفظ المشيئة يملك الزوج الايقاع به فانه لو قال لها شئت طلاقك بنية الايقاع يقع فكذلك اذا فوض اليها يكون مملكا منها ما كان له فأما لفظ الارادة والمحبة والهوى لا يملك الزوج الايقاع به لانه لو قال أحببت طلاقك أو هويت طلاقك أو أردت طلاقك لا يقع به شئ وان نوى فكذلك لا يصير مملكا منها بهذا اللفظ شيئا وكذلك لو قال انت طالق ان أحببت فقالت قد شئت الطلاق وقع عليها لانها أتت بما جعله شرطا بل باقوى على ما بينا ان المشيئة منها أقوى من المحبة بخلاف مالو قال انت طالق ان شئت فقالت قد أحببت او هويت أو أردت لم يقع شئ لانها أتت بدون ماجعله شرطا فى حكم الطلاق وما لم يتم الشرط لاينزل الجزاء ﴿ قال ﴾ ولو قال لها طلق نفسك واحدة ان شئت فقالت قد طلقت نفسي واحدة فهي طالق لان ايقاعها على نفسها مشيئة منها وزيادة فيتم به شرط المشيئة ﴿ قال ﴾ ولو قال انت طالق ثلاثا ان شئت فقالت قد شئت ان كان كذا لشيء ماض كانت طالقا لان التعليق بشرط موجود يكون تنجيزا ألا ترى ان الوكيل بالتنجيز يملك هذا النوع من التعليق بخلاف التعليق بما يكون في المستقبل ألا ترى انها لو قالت قد شئت ان كنت زوجي كان ذلك مشيئة منها ولو قالت قد شئت ان شئت فقال الزوج قد شئت كان باطلا لانها علقت مشيئتها بمشيئة منتظرة وهي مشيئة الزوج فكان ذلك باطلا منها كما لو علقت بمشيئة رجل آخر ﴿فان قيل ﴾ينبغى أن يقع بقول الزوج شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ ﴿ قلنا ﴾ انما يملك الايقاع بمشيئة الطلاق وهو بهذا اللفظ شاء مشيئتها لانه قصد جوابها حتى لو قال شئت الطلاق نقول يقع اذا نوى الطلاق واذا قال لغيره طلق امرأتي فهو رسول معناه ان الوكيل في الطلاق والرسول سواء

لانه سفير ومعبر والرسالة لاتختص بالمجلس فكان له أن يطلقها بعد المجلس ولو قال طلقها ان شئت كان ذلك على المجلس عندنا حتى لايملك الايقاع بعد قيامه من المجلس وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يملك لان قوله ان شئت فضل من الكلام فانا نعلم أنه انما يطلقها اذا شاء فتلغو هذه الزيادة ويبقى قوله طلقها ولكنا نقول بآخر كلامه يتبين ان مراده تمليك أمرها منه لا الرسالة وجواب التمليك يقتصر على المجلس كما لو خاطبها به وحاصل هذا ان في حقها لا تحقق الرسالة فانها لاتكون رسولا الى نفسها فيكون تمليكا سواء قال لها طلق نفسك أو قال ان شئت وفي حق الاجنبي تحقق الرسالة والتمليك جميعا فاذا قال طلق كان رسالة واذا قال ان شئت كان تمليكا لامرها منه وعلى هذا نقول اذا قال طلقها فله ان يعزله قبل الايقاع ولو قال طلقها ان شئت لم يكن له أن يعزله كما لو ملك الامر منها وكذلك لو جعل ذلك الى صبي أو معتوه لان مجرد العبارة يتحقق من هؤلاء ﴿قال﴾ وان قال هي طالق اذا شئت فقال قد شئت فهي طالق لوجود الشرط وان قال طلقها ان شئت فقال قد شئت كان باطلا حتى يقول هي طالق لان هذا اللفظ تمليك فلا يقع الطلاق به مالم يأت بكلمة الايقاع وقد بينا هذا الفرق في التمليك منها فكذلك من الاجنبي وان قال طلقها ثلاثا فقال قد فعلت فهي طالق ثلاثا لان هذا جواب الكلام وهذا لان قوله قد فعلت غير مفهوم المعنى بنفسه فيصير ماتقدم معادا فيه فكأنه قال قد فعلت ماقلت من ايقاع الثلاث عليها ﴿قال﴾ وان قال لرجلين طلقاها فطلقها أحدهما جاز لان الايقاع مجرد عبارة لا يحتاج فيه الى الرأي والتدبير فينفرد به كل واحد منهما وهذا بخلاف مالو قال لغيره طلق امرأتي فوكل الوكيل غيره بذلك لان الموكل رضي بعبارته لابعبارة غيره وانما جعله رسولا في الايقاع لا في الارسال وان قال طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر اثنتين فهي طالق ثلاثا لان فعل كل واحد منهما كفعلهما ولو أوقع الواحدة ثم الاثنتين كانت طالقا ثلاثا ولو قال طلقاها جميعا ولا يطلق واحد منكما دون صاحبه فطلق أحدهما لم يقع لان آخر كلامه عزلهما عن الايقاع الا أن يجتمعا عليه ولو عزلهما عن الايقاع أصلا صح عزله فكذلك اذا عزلهما عن الايقاع الا أن يجتمعا ﴿قال﴾ واذا قال لرجل طلق امرأتي ثم نهاه بعد ذلك فان علم بالنهي فليس له أن يوقع بعد ذلك وان لم يعلم به فهو على وكالته لانه خاطبه بالنهي عن الايقاع وحكم الخطاب لايثبت في حق

المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع لانه لاتمكن له من الامتثال مالم يعلم والتكليف بحسب الوسع وعلى هذا قال فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى اذا جعل طلاق امرأته الى رجل غائب فطلقها ذلك الرجل قبل أن يعلم بالتفويض اليه لم يقع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان حكم ذلك الخطاب لايثبت فى حقه مالم يعلم به ألا ترى أنه لو كان قال له طلقها ان شئت كان له مجلس علمه فما لم يعلم لايبطل بقيامه ولكن زفر رحمه الله تعالى يقول الموقع للطلاق معبر لايلحقه فى ذلك عهدة وانما يتوقف حكم الطلاق فى حقه على علمه لدفع الضرر عنه ولا ضرر عليه هنا فيقع الطلاق بايقاعه ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته طلقى نفسك ثم نهاها فطلقت نفسها قبل ان تقوم من مجلسها وقع الطلاق لان ذلك فى حقها تمليك لا إرسال وتوكيل وكما يتم ايقاع الطلاق بالزوج اذا أوقع على وجه لايملك الرجوع عنه فكذلك يتم التمليك به على وجه لايملك الرجوع عنه أو هذا فى معنى التعليق بمشيئتها أو تخييره لها فلا يملك الرجوع عنه بعد تمامه ﴿قال﴾ ولو قال لها ان شئت فأنت طالق فقالت نعم كان هذا باطلا لان الشرط مشيئتها وقولها نعم ليس بمشيئة منها للطلاق فلم يوجد الشرط بقولها شئت لايقع عليها شئ وكذلك لو قالت قد قبلت لان قبولها ليس بمشيئة للطلاق ﴿قال﴾ ولو قال لرجلين اذا شئتما ففلانة طالق ثلاثا فشاء احدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع عليها شئ لان الشرط مشيئتهما الثلاث ولم يشأ أحد منهما الثلاث وبدون تمام الشرط لاينزل الجزاء ﴿قال﴾ ولو قال لها أنت طالق اذا شئت وشاء فلان فقالت قد شئت ان شاء فلان وقال فلان قد شئت كان هذا باطلا لان الشرط مشيئتهما ولم يوجد لانها علقت مشيئتها بمشيئة فلان وقد بينا ان مثل هذا التعليق لايكون مشيئة منها ومشيئة فلان انما وجد بعض الشرط وان قال لها ان شئت فأنت طالق ثلاثا ثم قال لأخرى طلاقك مع طلاق هذه ثم شاءت تلك الطلاق طلقت وطلقت هذه معها ثلاثا ان كان أراد بقوله الطلاق لانه علق طلاق الاولى بمشيئتها فقوله للاخرى طلاقك مع طلاق هذه كلام محتمل يجوز ان يكون المراد طلاقك مع طلاق هذه فى ملكي ويجوز ان يكون المراد طلاقك مع طلاق هذه متعلق بذلك الشرط فينوى فى ذلك فان نوى الطلاق وقع عليهما بمشيئة الاولى وان قال لم أنو الطلاق كان مدينا في القضاء لكون كلامه محتملا وان قال اذا شئت فأنت طالق ثم قال لامرأة له أخري أنت طالق اذا طلقت فلانة ثم شاءت

فلانة الطلاق طلقت لوجود الشرط ولم تطلق الأخرى لان الوقوع على الاولى عند مشيئتها بايقاع الزوج وايقاعه سبق يمينه فى حق الثانية وشرط الحنث يراعى وجوده بعد اليمين ولو قال أولا ان طلقت فلانة فأنت طالق ثم قال لفلانة أنت طالق اذا شئت فشاءت الطلاق وقع عليهما على فلانة بوجود المشيئة وعلى الاخرى بوجود شرط الحنث لانه صار مطلقا فلانة بايقاع منه بعد اليمين بطلاقها وذلك شرط الحنث فى حقها ﴿قال﴾ ولو قال لها ان تزوجت فلانة فهى طالق ان شاءت فتزوجها فلها المشيئة حين تعلم بذلك فى مجلسها لان قوله ان تزوجت فلانة شرط وقوله فهى طالق ان شاءت جزاء والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكأنه بعد ماتزوجها قال هى طالق ان شاءت فلهذا توقف على مجلس علمها وان شاءت قبل أن يتزوجها فتلك المشيئة باطلة لان المعلق بالشرط معدوم قبله فقبل التزوج لم يصر فى يدها شئ فلهذا تلغو مشيئتها قبل التزوج وفي كل فصل تتوقت مشيئتها بالمجلس ان كانت قائمة فقعدت لم تبطل مشيئتها وان كانت قاعدة فقامت بطلت مشيئتها لان حالة القعود أجمع على الرأي مما قبل القعود لان القعود يفرغ الرأى والقيام يفرقه فانما انتقلت الى القعود للتروى والنظر في أمرها فلا يكون ذلك إعراضاً منها فاذا قامت فذلك دليل الاعراض منها ﴿قال﴾ ولو قال لها أنت طالق غداً ان شئت فقالت الساعة قد شئت كان باطلا وانما لها المشيئة فى الغد بخلاف مالو قال لها ان شئت فأنت طالق غداً ونوى الساعة بذلك أو قال ان شئت الساعة فأنت طالق غداً فان لها المشيئة فى مجلسها لان قوله ان شئت شرط وقوله فأنت طالق غداً جزاء فقد علق بالشرط طلاقا مضافا الى الغد ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزاً يعتبر وجود المشيئة فى الحال حتى اذا قامت بطلت مشيئتها فكذلك اذا علق بها طلاقا مضافا وفى الفصل الاول بدأ باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك الطلاق معلقا بمشيئتها فيراعى وجود المشيئة في ذلك الوقت وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن فى الفصلين جميعا يراعي وجود المشيئة فى الغد لان التعليق بمشيئتها فى المعنى كالتنجيز فانما يعتبر وجوده وقت ونوع الطلاق وفى الفصلين الوقوع فى الغد فلذلك يعتبر وجود المشيئة فى الغد وعن زفر رحمه الله تعالى ان فى الفصلين يعتبر وجود المشيئة فى الحال لان قوله ان شئت شرط والشرط وان تأخر ذكره كان متقدما معنى لانه مالم يوجد الشرط لاينزل الجزاء فكأنه

بدأ بذكر المشيئة ألا ترى أنه لافرق بين قوله ان دخلت الدار فأنت طالق غداً وبين قوله أنت طالق غدا ان دخلت الدار ثم انما يقع في قوله ان شئت الساعة فأنت طالق غدا اذا قالت شئت أن أكون غداً طالقا وان قالت شئت أن يقع الطلاق اليوم كانت هذه المشيئة باطلة ولم يقع عليها الطلاق اليوم ولا غدا لانها شاءت غير ماجعله الزوج مفوضا الى مشيئتها فانه جعل الطلاق في الغد مفوضا الى مشيئتها فاذا شاءت أن يقع اليوم فقد شغلت بشيء آخر فكان ذلك كقيامها عن المجلس ﴿قال﴾ ولو قال ان شئت فأنت طالق اذ شئت فهما مشيئتان إحداهما على المجلس قوله ان شئت والاخرى مطلقة بقوله اذا شئت ولكن المشيئة المطلقة معلقة بالمشيئة المؤقتة فاذا قالت في المجلس شئت أن أكون طالقا اذا شئت فقد وجد الشرط وصارت المشيئة المطلقة منجزة فكأنه قال لها أنت طالق اذ شئت فمتى شاءت بعد هذا طلقت وان لم تقل شيئاً حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها لان شرط المشيئة المطلقة لم يوجد والمشيئة المقيدة بطلت بالقيام عن المجلس ويستوى ان صرح بذكر الساعة فقال ان شئت الساعة فأنت طالق اذا شئت أو لم يتكلم بالساعة ونواها قال لان هذا كلام له وجهان في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى فان نوى مادامت في المجلس فهو كما نوى وان نوى بعده فهو كما نوي ومراده أن كلمة اذا قد تكون بمعنى ان وقد تكون بمعنى متى فان جعلت بمعنى ان كان آخر كلامه تكرارا وان جعلت بمعنى متى كان تصريحا بالمشيئة المطلقة فينوى في ذلك ولم يذكر في الكتاب ما اذا قال اذا شئت فأنت طالق ان شئت وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن عند زفر رحمه الله تعالى التقديم والتأخير سواء فهذا كالاول وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى المعتبر هنا المشيئة المطلقة فسواء شاءت في المجلس أو بعده طلقت فان المشيئة المطلقة أعم فلا تعتبر بعدها المشيئة المؤقتة ﴿قال﴾ وان قال أنت طالق كيف شئت فهي طالق تطليقة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا مشيئة لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك فان شاءت البائنة وقد نوى الزوج ذلك كانت بائنة وان شاءت ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك كانت طالقاً ثلاثا وان شاءت واحدة بائنة وقد نوى الزوج ثلاثا فهي واحدة رجعية وان شاءت ثلاثا وقد نوى الزوج واحدة بائنة فهي واحدة رجعية وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايقع عليها شيء مالم تشأ فاذا شاءت فالتفريع كما قال أبو حنيفة

رحمه الله تعالى وعلى هذا لو قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا مشيئة له ولا يعتق عندهما مالم يشأ هما يقولان الزوج تكلم بطلاق المشيئة فلا يقع بدون مشيئتها كقوله أنت طالق كم شئت أو أنت طالق حيث شئت أو اين شئت لا يقع مالم تشأ وهذا لان حرف كيف وان كان استخباراً عن الوصف والحال ولكن ذلك انما يتحقق فيما كان أصله موجوداً قبل الاستخبار دون مالم يكن أصله موجوداً فيقام الاصل مقام الصفة فيما لم يكن موجوداً قبل كلامه فلهذا تعلق أصل الطلاق بمشيئتها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انما يتأخر الى مشيئتها ماعلق الزوج بمشيئتها دون مالم يعلق وكيف لا يرجع الى أصل الطلاق فيكون منجزاً أصل الطلاق ومفوضاً للصفة الى مشيئتها بقوله كيف شئت الا ان في غير المدخول بها وفى العتق لا مشيئة لها فى الصفة بعد ايقاع الاصل فيلغو تفويضه المشيئة فى الصفة اليها أيضا وفي المدخول بها لها المشيئة فى الصفة بعد وقوع الاصل ان تجعلها بائنا أو ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما أمليناه فى كتاب الدعوي فيصح تفويضه اليها فان شاءت فى مجلسها ان تكون بائنة أو ثلاثا جاز ذلك اذا نوى الزوج ماشاءت وان نوى الزوج الواحدة البائنة فشاءت الثلاثة فقد شاءت غير ما نوى فلهذا كان الواقع عليها تطليقة رجعية توضيحه ان الاستخبار عن وصف الشيء وحاله لما كان من ضرورته وجود أصله تقدم وقوع أصل الطلاق فى ضمن تفويضه المشيئة فى الصفة اليها فان الاستخبار عن وصف الشيء قبل وجود أصله محال كما قال القائل

يقول خليلي كيف صبرك بعدنا فقلت وهل صبر فيسأل عن كيف

بخلاف قوله كم شئت لان الكمية استخبار عن العدد فيقتضي تفويض العدد الى مشيئتها وأصل العدد في المعدودات الواحد وبخلاف قوله حيث شئت وأين شئت لانه عبارة عن المكان والطلاق اذا وقع في مكان يكون واقعاً في الامكنة كلها فكان ذلك تعليق أصل الطلاق بمشيئتها وهذه الالفاظ كلها على المجلس لانها لا تنبئ عن الوقت فيتوقت بالمجلس كقوله ان شئت ولو قال انت طالق زمان شئت أو حين شئت فقامت من ذلك المجلس لم تبطل المشيئة لان زمان وحين عبارة عن الوقت فكأنه قال أنت طالق اذا شئت أو متى شئت ﴿ قال ﴾ واذا قال أنت طالق أمس ان شئت فلها المشيئة في ذلك المجلس لانه لو لم يقل ان شئت كان يقع الطلاق عليها فى الحال وكان قوله

امس لنوا فكذلك اذا قال ان شئت يكون كلامه تعليقاً للطلاق فى الحال بمشيئتها فلها المشيئة مادامت فى المجلس وان قال أنت طالق على ألف درهم اذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت فذلك اليها متى شاءت اعتباراً للطلاق بالجعل بالطلاق بغير جعل وهذا لان فى الطلاق بجعل يعتبر قبولها وهي بالمشيئة تكون قابلة ولما كان حرف اذا ومتى للوقت فقد علق الطلاق بجعل بقبولها فى أى وقت يكون فسواء قبلت فى المجلس أو بعده بمشيئتها وقع الطلاق ولزمها المال وان قال ان شئت فهذا على المجلس كما لو كان الطلاق بغير جعل فان قالت فى المجلس قد شئت وقع الطلاق ولزمها المال وان قامت قبل أن تشاء فهى امرأته ﴿ قال ﴾ واذا قال لها اذا شاء فلان فانت طالق وفلان ميت أو كان حياً فمات ساعتئذ والزوج يعلم بذلك أولا يعلم لم يقع عليها الطلاق أما اذا كان حيا فمات فلان الشرط مشيئته وقد فات بموته وبفوات الشرط يمتنع نزول الجزاء وأما اذا كان ميتا فلأنه علق الطلاق بشرط لا كون له فيكون تحقيقا للنفي كما لو قال انت طالق ان شاء هذا الجدار أو ان تكلمت الموتى أو ان تكلمت هذه الحصاة يكون تحقيقا للنفي لا ايقاعا وكذلك اذا قال اذا شاء الجن أو ما أشبه هذا من خلق لا يرى ولا يظهر ولا تعلم مشيئته هذا تحقيق للنفى وتأثيره فى اخراج الكلام من أن يكون عزيمة ولو قال اذا شاء فلان وفلان غائب فمات ولا يعلم أنه شاء أولم يشأ لم تطلق كما لو قال أنت طالق ان تكلم فلان بطلاقك فمات فلان قبل أن يعلم ذلك منه لم تطلق لان المعلق بالشرط لاينزل الا بعد العلم بوجود الشرط ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق ان كنت تحبين كذا لشئ يعلم أنها تحبه أولا تحبه مثل الموت والعذاب فقالت أنا أحب ذلك فهي طالق اذا قالت ذلك فى مجلسها فى قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى فيما يعلم أنها لا تحبه لايقبل قولها ولا تطلق لانا نتيقن بكذبها فان أحدا لايحب العذاب فى النار ولا الموت فى الدنيا والمخبر عن الشئ اذا كان متهما بالكذب لايقبل خبره فعند التيقن بالكذب أولى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا محبتها تكون بقلبها وذلك مما لايوقف عليه فيقام خبرها بذلك مقام حقيقته تيسيراً وصار كانه قال لها ان أخبرتنى أنك تحبين الموت والعذاب وقد أخبرت بذلك مع أن فى خبرها احتمال الصدق وقد يبلغ ضيق الصدر بالمرء وسوء الحال درجة يحب فيها الموت وقد تحملها شدة بغضها للزوج على أن تؤثر العذاب والموت على صحبته وذلك محسوس وقد تحملها شدة البغض أو

الغيرة على أن تقتل نفسها وهل فى ذلك الا ايثار العذاب والموت على صحبته وكذلك لو قال لها ان كنت تبغضين كذا لشئ يعلم أنها تحبه مثل الجنة والغنى فقالت أنا أبغضه فهو كالأول على ماينا وان قال أنت طالق ان كنت تحبين كذا فقالت لست أحبه وهي كاذبة لم يقع الطلاق عليها لان السبب الظاهر وهو الاخبار تام مقام المعنى الخفي فيدور الحكم مع السبب الظاهر وجوداً وعدما ويسقط اعتبار المعنى الخفي وكذلك ان قال أنت طالق ثلاثا ان كنت انا أحب ذلك ثم قال لست أحب ذلك وهو كاذب فهى امرأته ويسعه ان يطأها فيما بينه وبين الله تعالى ويسعها المقام معه وهذا مشكل لانه ان كان لايعرف مافي قلبها حقيقة يعرف مافى قلبه ولكن الطريق ماقلنا ان مافى قلبه ومافى قلبها لايمكن الوقوف على حقيقته فانما يتعلق بالسبب وهو الاخبار فاذا أخبر بخلاف ماجعله شرطاً لم يقع عليها شيء المحبة والبغض في ذلك سواء وان قال لها ان كنت أحب طلاقك فأنت طالق ثم قال لست أحب ذلك أو لم يقل شيئاً فهى امرأته لان شرط وقوع طلاقها إخباره بمحبة طلاقها فاذا لم يقل شيئاً لم يوجد الشرط وان قال لست أحبه فقد أخبر بضد ما جعله شرطاً فلا يقع الطلاق وان كان يحب ذلك حقيقة وكذلك لو قال لها ان كنت تحبين طلاقك فأنت طالق ثلاثا فشرط الوقوع إخبارها بمحبة الطلاق مادامت فى المجلس حتى اذا قامت قبل أن تقول شيئاً لم تطلق وان كانت تحب ذلك بقلبها لانعدام الشرط وهو الخبر وكذلك ان قالت لا أحبه وهي كاذبة لم تطلق لانها أخبرت بضد ماهو شرط الطلاق وكذلك لو قال ان كنت تحبين الطلاق بقلبك أو تهوينه أو تريدينه أو تشتهينه بقلبك دون لسانك فأنت طالق ثلاثا فقالت لا أشاء ولا أحب ولا أهوى ولا أريد ولا أشتهى فهى امرأته لانها أخبرت بضد ما هو شرط الطلاق ولا تصدق بعد ذلك على خلاف هذا القول اما للتناقض أو لان بالخبر الاول قد تم شرط بره وبعد تمام شرط البر في اليمين لا يتصور الحنث وان سكتت ولم تقل شيئاً حتى قامت فهى امرأته لان الشرط لم يوجد وهو إخبارها في المجلس وان كان فى قلبها خلاف ما أخبرت به فانه يسعها ان تقيم معه فيما بينها وبين الله تعالى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ولا يسعها ذلك فى قول محمد رحمه الله تعالى لانه جعل الشرط محبتها بقلبها حين صرح به فلا معتبر بخبرها بخلافه ولكنا نقول انما يعتبر من كلامه ما يمكن الوقوف على معرفته فاما أن يقوم

خبرها مقام حقيقة ما فى قلبها لانه انما يعبرعما فى قلبها لسانها أولما جعل الشرط مالا طريق لنا الى معرفته حقيقة كان ذلك تحقيقا للنفى كما بينا من نظائره فيما سبق ﴿قال﴾ وان قال لامرأتيه أيتكما شاءت فهى طالق ثلاثا فشاءتا جميعا فهما طالقان وان شاءت احداهما وسكتت الاخرى فالتى شاءت طالق لان كلمة أى تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد قال الله تعالى أيكم يأتيني بعرشها ولم يقل يأتونى ويقال أيكم فعل كذا ولا يقال فعلوا ولافعلتم واذا ثبت أنه يتناول كل واحدة على الانفراد صارت مشيئة كل واحدة شرطا لوقوع الطلاق عليها على الانفراد بخلاف قوله ان شئتما على ماتقدم فان شاءتا وقال الزوج انما عنيت احداهما لم يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى على معنى انه نوى التخصيص فى لفظ العموم فان كان عنى واحدة منهما بعينها فارق تلك الواحدة وان عنى بغير عينها يمسك أيتهما شاء وفارق الاخرى ولا يسع امرأتيه ان تقيما معه لانهما يتيمان الظاهر فكما لا يصدقه القاضى فى ذلك فكذلك لايسعهما ان يصدقاه وان قال أشدكما حبالى أولطلاق طالق أوقال أشدكما بغضالى أولطلاق طالق فادعت كل واحدة منهما أنها أشد حبا أو بغضا فى ذلك وكذبهما الزوج لم تطلق واحدة منهما لان كل واحدة منهما تدعى شرط الطلاق والزوج ينكر ذلك وقديكونان فى ذلك سواء لايحبان ولا يبغضان ﴿فان قيل﴾ لماذا لايقام هنا إخبار كل واحدة منهما مقام حقيقة كونها أشد حبا أو بغضا ﴿قلنا﴾ لاطريق لواحدة منهما الى معرفة مافى قلب صاحبتها وبدون ذلك لايعرف انها أشد حبا أو بغضا فتكون فى الاخبار مجازفة فلهذا لايقام الخبر مقام حقيقة الشرط توضيحه انا لما أقمنا هنا الخبر مقام حقيقة الشرط جعلناهما طالقين ونحن نتيقن انه ماطلقهما انما طلق أشدهما حباله أو بغضاله ولا يتصور ذلك فى حقهما جميعا ولهذا لاتطلق واحدة منهما والله أعلم

باب الخيار

﴿قال﴾ واذا قال لامرأته اختارى فاختارت نفسها فى القياس لا يقع عليها شئ وان نوى الطلاق لان التفويض اليها انما يصح فيما يملك الزوج مباشرته بنفسه وهو لايملك ايقاع الطلاق عليها بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك

لايقع شئ فلا يملك التفويض اليها بهذا اللفظ أيضاً ولكنا تركنا القياس لآثار الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضوان الله عليهم أجمعين قالوا فى الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فان قامت من مجلسها فلا خيار لها ولان الزوج مخير بين أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك ان يسويها بنفسه فى حقه بأن يخيرها وقد خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه حين نزل قوله تعالى فتعالين امتعكن وأسرحكن ثم كان القياس أن لايبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد متأبد ولكنا تركنا هذا القياس لآثار الصحابة رضى الله عنهم ولان الخيار الطارئ لها على النكاح من جهة الزوج معتبر بالخيار الطارئ شرعا وهو خيار المعتقة وذلك يتوقت بالمجلس فكذلك هذا لها الخيار مابقيت في المجلس وان تطاول يوما أو أكثر لان المجلس قد يطول وقد يقصر ألا ترى ان حكم قبض بدل الصرف ورأس مال السلم لما توقت بالمجلس لم يفترق الحال بين ان يطول أو يقصر فاذا قامت أو أخذت فى عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه من ذلك بطل خيارها لان اشتغالها بعمل آخر يقطع المجلس ألا ترى أن المجلس يكون مجلس مناظرة ثم ينقلب مجلس أكل اذا اشتغلوا به ثم مجلس القتال اذا اقتتلوا ولان الذهاب عن المجلس انما كان مبطلا لخيارها لوجود دليل الاعراض عما فوض اليها وذلك يحصل باشتغالها بعمل آخر وكذلك بقيامها وانلم تذهب لان القيام يفرق الرأى وبه فارق الصرف والسلم فان بمجرد القيام قبل الذهاب هناك لايبطل العقد لانه لامعتبر بدليل الاعراض ثم وانما المعتبر الافتراق قبل القبض وان كانت قاعدة حين خيرها فاضطجعت بطل خيارها في قول زفر رحمه الله تعالى وهو رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الاضطجاع دليل الاعراض والتهاون بما خيرها وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله أنه لايبطل خيارها لان الانسان قد يضطجع اذا أراد أن يروى النظر فى أمر ولو كانت متكئة حين خيرها فاستوت قاعدة لايبطل خيارها لانه دليل الاقبال على ماحزبها من الامر وان كانت قاعدة فاتكأت ففى احدى الروايتين لايبطل خيارها لان الاتكاء نوع جلسة فكانها كانت متربعة فاحتبت وفى الرواية الاخرى يبطل خيارها لان الاتكاء بمنزلة الاضطجاع لانه اظهار للتهاون بما خيرها واذا خيرها وقال لم أرد به الطلاق

فالقول قوله مع يمينه لان قوله اختاري كلام محتمل يجوز أن يكون مراده اختاري نفقة أو كسوة أو دارا للسكنى وفي الكلام المحتمل القول قول الزوج انه لم يرد الطلاق مع يمينه لكونه متهما في ذلك وان نوى الطلاق فان كان قال لها اختاري فقالت اخترت لايقع شئ أيضا لانه ليس في كلامه ولا في كلامها ما يوجب التخصيص وازالة الابهام والطلاق لايقع بمجرد القصد من غير لفظ يدل عليه بخلاف ما اذا قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت أو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لان هناك في كلام احدها تنصيص على التخصيص فيقع به الطلاق عند النية ثم المخيرة اذا اختارت زوجها لم يقع عليها شئ الا على قول علي رضى الله عنه فانه يقول يقع تطليقة رجعية اذا اختارت زوجها فكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا فقال اذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنها اذا اختارت زوجها فلا شئ وهذا لحديث عائشة رضى الله عنها قالت خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا وهو قول عليّ رضى الله عنه وعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما واحدة رجعية وعلى قول زيد رضى الله عنه اذا اختارت نفسها فثلاث وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم مايكون من الاختيار وعمر وابن مسعود رضى الله عنهما حملا على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ولكنا نأخذ في هذا بقول عليّ رضى الله عنه لان اختيارها نفسها انما يتحقق اذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس في هذا اللفظ ما يدل على الثلاث لان حكم مالكيتها أمر نفسها لايختلف بالثلاث والواحدة البائنة ولهذا قلنا وان نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع الا واحدة بائنة لان هذا مجرد نية العدد منه وقوله اختاري أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله أنت بائن فنية الثلاث انما تصح هناك باعتبار أنه نوى به نوعا من البينونة وهنا الاختيار لايتنوع فبقي هذا مجرد نية العدد ﴿ قال ﴾ والتخيير في السفينة كالتخيير في البيت لان السفينة في حق راكبها كالبيت لايجريها بل هي تجري به قال الله تعالى وهي تجري بهم ألا ترى أنه لايتمكن من ايقافها متي شاء فلها الخيار مادامت في مجلسها بخلاف مااذا خيرها وهي راكبة فسارت الدابة بعد الخيار شيئاً يبطل خيارها لان سير الدابة مضاف الى راكبها حتى تمكن

من ايقافها متى شاء فكان ذلك كمشيتها فى حكم تبدل المجلس الا أن تكون الدابة واقفة أو سائرة فاختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين فحينئذ يصح اختيارها لان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد وكذلك ان كان معها على تلك الدابة أو كانا فى محمل واحد وهكذا الجواب في البيع ان اتصل قبول المشتري بايجاب البائع من غير سكتة بينهما في هذا الفصل ينعقد البيع والافلا وان خيرها وهي في صلاة مكتوبة فأتمت صلاتها لم يبطل خيارها لانها ممنوعة عن قطع الصلاة قبل اتمامها فلا تتمكن من الاختيار مالم تفرغ ودليل الاعراض بترك الاختيار بعد التمكن منه والوتر فى هذا كالمكتوبة لانها ممنوعة من قطعها قبل الاتمام فأما فى التطوع اذا كانت فى الشفع الاول فأتمت ذلك الشفع لايبطل خيارها لانها ممنوعة من ابطال العمل والركعة الواحدة لاتكون صلاة معتبرة كما قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه والله ماأجزت ركعة قط وان تحولت الى الشفع الثاني بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة فاشتغالها بالشفع الثاني دليل الاعراض بمنزلة ما لو افتتحت الصلاة بعد ما خيرها الزوج وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى فى الاربع قبل الظهر اذا كانت فى الشفع الاول حين خيرها فأتمت أربعا لم يسقط خيارها لان هذه الاربع تؤدى بتسليمة واحدة عادة وان كانت قاعدة فدعت بطعام فطعمت يبطل خيارها لان مجلسها تبدل حين دعت بطعام فقد صار مجلسها مجلس الاكل وهذا دليل الاعراض والتهاون منها بخلاف ما لو أكلت شيئا يسيرا من غير أن تدعو بالطعام فذلك القدر لقلته لا يبدل المجلس فلا يكون ذلك دليل الاعراض بل ذلك منها تفريغ نفسها لما حزبها وكذلك ان شربت ماء لانها انما شربت لتتمكن من الكلام ففى حالة المشاجرة قد يجف فم المرء فلا يقدر على الكلام ما لم يشرب فلا يكون ذلك دليل الاعراض بل ذلك منها تفريغ نفسها ولو نامت أو امتشطت أو اغتسلت أو اختضبت في ذلك المجلس فهذا كله دليل الاعراض لاشتغالها بعمل آخر لاتحتاج اليه وليس ذلك من عمل الاختيار وكذلك ان جامعها فتمكينها من أدل الدلائل على اعراضها وكذلك ان أقامها من مجلسها اما لانها طاوعته فى القيام أو لانها تركت الاختيار حتى أقامها فذلك دليل الاعراض منها وكذلك هذا كله فى قوله أمرك بيدك وأنت طالق ان شئت لتوقتهما بالمجلس وان لبست ثيابها من غير أن تقوم لم يبطل خيارها لانها انما تلبس لتكون مستترة منه اذا اختارت

نفسها فلا يكون دليل الاعراض وكذلك اذا دعت شهودا لانها تقصد بذلك اشهادهم على اختيار أمر نفسها وكذلك اذا قالت ادعوا الى أبي أو أمي لانها تقصد بذلك أن تستشيرهما فلا يكون ذلك دليل الاعراض منها والاستشارة في مثل هذا حسن على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله تعالى عنها اني أعرض عليك أمرا فلا تحدثي فيه شيئا حتى تستشيري أبويك ثم تلا عليها آية التخيير وخيرها فقالت أفي هذا أستشير أبوي أنا أختار الله ورسوله وكذلك ان سبحت أو قرأت آية أو نحوها من القرآن فلا يكون دليل الاعراض منها وقد يفعل المرء ذلك للاستخارة فلا يبطل به ما صار في يدها من الخيار والامر والمشيئة ﴿قال﴾ واذا خيرها أو جعل أمرها اليها فقالت قد طلقتك فهو باطل وقد بينا هذا فيما سبق أن الزوج ليس بمحل للطلاق وروينا فيه حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه ﴿وقال﴾ واذا قال اختاري ثم اختاري ثم اختاري ينوي الطلاق بهذا كله فاختارت نفسها فهي ثلاث تطليقات لان الوقوع بهذه الالفاظ عند اختيارها نفسها يكون جملة واحدة فان اختيارها نفسها جواب للكلمات الثلاث والترتيب بحرف ثم في كلام الزوج فلا يوجب ذلك ترتيبا في الوقوع لان الوقوع باختيارها نفسها ولو اختارت نفسها بالاولى قبل أن يتكلم بالثانية والثالثة بانت بالاولى ولم يقع بالثانية والثالثة شئ لان البائن لا يلحق البائن ولانها ملكت أمر نفسها حين بانت بالاولى فلا يكون كلامه الثاني والثالث ايجابا بل اخبارا عن حالها انها مالكة أمر نفسها وهو صادق في ذلك بخلاف الاول فان هناك كلامه الثاني والثالث ايجاب لانه تكلم به قبل ان تملك أمر نفسها ﴿قال﴾ ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال الزوج نويت بالأولى الطلاق وبالآخرين ان أفهمها لم يصدق في القضاء وبانت بثلاث لان الكلام الثاني والثالث ايجاب صحيح من حيث الظاهر والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولكنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الكلام الواحد قد يكرر للتأكيد وتفهيم المخاطب ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فلما قامت عن المجلس قالت عنيت نفسي لم تصدق في ذلك لان الامر خرج من يدها بالقيام عن المجلس فانما اخبرت بما لا تملك انشاءه وهذا يدل على انها لو قالت قبل ان تقوم أردت نفسي ان ذلك يصح منها لبقائها في المجلس كما لو سكتت حتى الآن ثم قالت اخترت نفسي ولكنه قال في التعليل قد خرج الامر من يدها حين تكلمت بذلك فهذا إشارة الى انها وان قالت في المجلس أردت

نفسي لا يقبل قولها وهـذا هو الصحيح لان اشتغالها بكلام مبهم دليل الاعراض والتهاون وان قال لها اختاري نفسك فقالت قد اخترت فهذا جواب وهي طالق لان جوابها بناء على خطاب الزوج فما تقدم في الخطاب يصير كالمعاد في الجواب فكأنها قالت اخترت نفسي واذا خيرها بعد ذكر الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم انوبه الطلاق لم يصدق في القضاء وكذلك ان قال هذا في غضب وقد بينا هذا في فصول الكنايات وكما لا يصدقه القاضي فكذلك لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل واذا قال لها اختاري ثم طلقها واحدة بائنة بطل الخيار لانها صارت مالكة أمر نفسها بما أوقع عليها وانما كانت تختار أمر نفسها لهذا المقصود فلا يتحقق ذلك بعد ماملكت أمر نفسها وكذلك لو قال أنت طالق واحدة بائنة ان شئت فقالت قد شئت سقط الخيار لانها ملكت أمر نفسها ولو كان الطلاق رجعياً كان الخيار على حاله لانها بهذا الطلاق لا تصير مالكة أمر نفسها وكذلك هذا في الامر باليد وذكر في الأمالي انه اذا قال لها اختاري اذا شئت أو امرك بيدك اذا شئت ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها فاختارت نفسها انها لا تطلق في قول أبي يوسف رحمه الله لان الزوج أوقع بنفسه ما فوض اليها فيكون ذلك اخراجا للامر من يدها وفي قول أبي حنيفة رحمه الله تطلق تطليقة بائنة لان التفويض قد صح فلا يبطل بزوال الملك الا انها بعد زوال الملك كانت لا تتمكن من الاختيار لكونها مالكة أمر نفسها فاذا زال ذلك بالعقد فهي على خيارها وما قاله أبو يوسف رحمه الله ضعيف لان الطلاق متعدد فلا يتعين ما أوقعه الزوج لما فوضه اليها كما لو قال لغيره بع قفيزاً من هذه الصبرة ثم باع بنفسه قفيزا لا ينعزل الوكيل ﴿قال﴾ واذا قال لها اختاري الازواج أو اختاري أهلك أو أبويك فقالت قد اخترت الازواج أو أبي أو أهلي وقد عنى الزوج الطلاق في القياس لا تطلق لانها ما اختارت نفسها ولقد كان القياس في أصل هذا اللفظ ان لا يقع به شئ تركنا القياس لآثار الصحابة رضي الله عنهم وانما ورد الاثر في اختيارها نفسها فما سوى ذلك يبقى على أصل القياس ولكنه استحسن فقال هي طالق لان هذا في معنى اختيارها نفسها فانها انما تختار الازواج اذا ملكت أمر نفسها وانما تتمكن من الرجوع الى بيت أبيها وأهلها اذا ملكت أمر نفسها فكان هذا في معنى اختيارها بخلاف ما لو قال اختاري أختك أو أخاك أو ذا رحم محرم منك فاختارت ذلك وهو ينوي الطلاق فان هذا ليس في معنى اختيارها نفسها من كل وجه فيؤخذ فيه بالقياس

ولا يقع عليها شيء ولو قال لها اختاري فقالت أختار نفسي في القياس لا تطلق لان كلامها وعد وليس بايجاب ألا ترى أنه لو قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي لم يقع شيء ولكن في الاستحسان تطلق لان قولها أختار وعد صورة وايجاب معنى والعادة الظاهرة في هذا اللفظ أنه يراد به الحال دون الاستقبال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أختار كذا والشاهد يقول بين يدي القاضي أشهد والمؤذن يقول أشهد أن لا اله الا الله والمراد به التحقيق دون الوعد ولم يوجد مثل هذه العادة في قولها أنا أطلق نفسي فلهذا يؤخذ هنالك بالقياس ولو قال لها اختاري فقالت قد فعلت لم يقع شيء كما لو قالت اخترت لان قولها قد فعلت في معنى الابهام أزيد من قولها قد اخترت واذا قال اختاري نفسك فقالت قد فعلت طلقت كما لو قالت اخترت لانها أخرجت الكلام مخرج الجواب فيصير ما تقدم في الخطاب كالمعاد في الجواب وان قال اختاري ان شئت فقالت قد اخترت نفسي وقع الطلاق عليها لا ن في اختيارها نفسها مشيئة وزيادة وان قال اختاري بألف درهم فاختارت زوجها لم يلزمها المال لان وجوب المال عليها بازاء البينونة ولا يحصل ذلك اذا اختارت زوجها بخلاف ما اذا اختارت نفسها فالبينونة قد حصلت هنا وقد أوجب الزوج ذلك لها بعوض وفي اختيارها نفسها قبول منها ﴿قال﴾ وان قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي ان كنت زوجي أو ان كان كذا لشيء ماض وقع الطلاق لان التعليق بالموجود تنجيز فهذا وقولها اخترت نفسي سواء فان اشترطت شيئا لم يكن فقد بطل الخيار لانها أتت بالتعليق وانما فوض اليها التنجيز فاشتغالها بالتعليق يكون اعراضا عما فوض اليها فيبطل خيارها ﴿قال﴾ وان قال اختاري فقالت قد طلقت نفسي طلقت واحدة بائنة بخلاف ما لو قال لها طلقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان هذا باطلا لان لفظ الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ألا ترى أن الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار فالاضعف لا يصلح جوابا للأقوى والاقوى يصلح جوابا للأضعف توضيحه أن قولها طلقت نفسي لو كان قبل تخيير الزوج توقف على اجازة الزوج فاذا كان بعد تخيير الزوج يكون عاملا وقولها اخترت نفسي قبل تخيير الزوج يكون لغوا لا يتوقف على اجازة الزوج فكذلك بعد تفويض الزوج بقوله طلقي نفسك لان التفويض غير التخيير يقرره أن بقوله اختاري نفسك يثبت لها الخيار ومن ضرورته أن تملك اكتساب سبب الفرقة وقولها طلقت نفسي من ذلك فيصح منها فأما قوله طلقي نفسك فانه تفويض للطلاق

اليها وليس من ضرورته أن يثبت الخيار لها في اكتساب سبب الفرقة وقولها اخترت نفسي من ذلك فلهذا كان باطلا منها ﴿ قال ﴾ ولو قال الزوج لرجل خير امرأتي أو قل لها امرك بيدك فما لم يخيرها ذلك الرجل لا يصير الامر بيدها لانه أناب ذلك الرجل مناب نفسه في تخييرها وما أوجب لها الخيار بنفسه بخلاف مالو قال لذلك الرجل قل لها ان الخيار بيدها أو ان أمرها بيدها أو انها طالق ان شاءت فذلك بيدها أخبرها الرجل أو لم يخبرها لانه أوجب لها ذلك بنفسه وجعل المخاطب رسولا اليها في إعلامها ذلك فسواء أعلمها أو علمت بنفسها بسماعها من الزوج أو من غيره كان لها الخيار في مجلس علمها ولو لم تعلم به الا بعد أيام فتى علمت كان لها الخيار في مجلسها لانها لا تتمكن من التصرف بمقتضى هذا التخيير مالم تعلم به فيتوقف ثبوت الحكم في حقها على علمها به في خطاب الشرع وكما في خيار المعتقة انه يبقى الى علمها به ومتى علمت كان لها الخيار في ذلك المجلس ﴿ قال ﴾ وان قال هي بالخيار اليوم فلها الخيار الى غروب الشمس ولا يبطل خيارها بقيامها عن المجلس لانه أوجب لها خياراً ممتداً ولا يبطل ذلك مابقي وقته وان لم تعلم حتى مضى اليوم بطل خيارها لان الخيار كان مؤقتا بوقت فلا موجب له بعد مضي ذلك الوقت ولكن ينتهي بمضي الوقت سواء علمت أو لم تعلم وكذلك لو قال هي بالخيار هذا الشهر وذكر في النوادر انها لو اختارت زوجها ثم أرادت أن تختار نفسها قبل مضي الشهر فليس لها ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لها ذلك وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله لها ذلك على عكس هذا وقال اذا قال لها الخيار الى رأس الشهر فاختارت زوجها في يوم ثم أرادت أن تختار نفسها في يوم آخر فليس لها ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولها ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فمن يقول لها ذلك قال لان اختيارها زوجها بمنزلة قيامها عن المجلس فكما لا يبطل خيارها في الامر المؤقت بالقيام عن المجلس واشتغالها بعمل آخر فكذلك باختيارها زوجها ومن يقول ليس لها أن تختار نفسها قال لان الخيار واحد في جميع المدة وقد أبطلته حين اختارت زوجها فلا يبقى بعد ابطالها خيار حتى تختار به نفسها ﴿ قال ﴾ وان قال لامرأة يوم أتزوجك فاختاري أو متى أتزوجك فاختاري أو ان تزوجتك أو اذا تزوجتك أو كلما تزوجتك فلها الخيار في جميع ذلك في المجلس الذي يتزوجها فيه لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز الا في كلما فان لها الخيار كلما تزوجها في ذلك المجلس مرة بعد مرة لان كلمة كلما تقتضي التكرار

﴿ قال ﴾ وان قال اختاری اذا أهل الشهر أو اذا كملت السنة أو اذا قدم فلان فان لم تعلم بذلك فلها الخيار اذا علمت فالمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولو خيرها مطلقا عند وجود هذه الامور يتوقف على المجلس الذی علمت به كذلك هنا ﴿قال﴾ وان قال اختاری يوم كذا أو رأس الشهر أو صلاة الاولى فلها الخيار في ذلك اليوم كله ووقت تلك الصلاة كله ورأس الشهر ليلته ويومه كله لان الشهر يشتمل الليالى والايام ورأسه الليلة الاولى ويومها ويسقط خيارها بمضى هذا الوقت ان علمت أو لم تعلم لانه أوجب لها الخيار مؤقتا فلا يبقى بعد مضى الوقت ﴿ قال ﴾ وان قال اختاري يوم يقدم فلان فقدم فلان ليلا فلا خيار لها ولو قدم بالنهار فلها الخيار فى ذلك اليوم الى غروب الشمس لان الخيار يتوقت فذكر اليوم فيه للتوقيت به فيتناول بياض النهار خاصة بخلاف قوله أنت طالق يوم يقدم فلان لان الطلاق لا يحتمل التوقيت ولا يختص بأحد الوقتين فذكر اليوم فيه عبارة عن الوقت ﴿ قال ﴾ وان قال اختاري تطليقة فقالت قد اخترتها فهي واحدة رجعية لان قوله تطليقة بمنزلة التفسير لاول كلامه والمبهم اذا تعقبه تفسير يكون الحكم لذلك التفسير فيصير مفوضا اليها الطلاق باللفظ الصريح وكذلك الامر باليد لو قال لها أمرك بيدك فى تطليقة كان هذا تفسير الأول كلامه ولو قال اختارى تطليقتين فقالت قد اخترت واحدة وقع عليها تطليقة رجعية لانها ملكت ايقاع اثنتين ومن ضرورته أن تملك ايقاع الواحدة وهذا بخلاف ما لو قال لها اختارى تطليقتين ان شئتما فاختارت واحدة لا يقع عليها شئ لانه جعل الشرط مشيئتها تطليقتين ولم يوجد ذلك بايقاع الواحدة ﴿ قال ﴾ ولو قال لها اختارى اختارى اختارى فقالت قد اخترت نفسي فهذا جواب منها تام للكلمات الثلاث فتطلق ثلاثا وكذلك لو قالت اخترت نفسى مرة واحدة أو بمرة أو اختيارة فهذا جواب تام للكلمات الثلاث فتطلق ثلاثا وان قالت اخترت التطليقة الاولى وقع عليها واحدة بالاتفاق ﴿ قال ﴾ وان قالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فهى طالق ثلاثا فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تطلق واحدة بائنة بمنزلة ما لو قالت اخترت التطليقة أو اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى ما صار اليها بالكلمة الاولى والذى صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك توضيحه ان الاولى نعت لمؤنث فيجوز ان يكون المراد به التطليقة

فلايقع به الا واحدة ويجوز ان يكون المراد به المرة أو الاختيارة فيقع الثلاث ولكن الطلاق بالشك لا ينزل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاولى نعت لمؤنث ولكن النعت ينصرف الى منعوت مذكور ولا ينصرف الى مالم يذكر مع امكان صرفه الى المذكور والمذكور الاختيار دون الطلاق فكان هذا بمنزلة قولها اخترت الاختيارة الاولى أو المرة الاولى ولو صرحت بذلك طلقت ثلاثا وحرف آخر له انها أتت بالترتيب فيما لا يليق به صفة الترتيب فيلغو ذكر الترتيب فيبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وبيان هذا أن التطليقات الثلاث قد اجتمعت فى ملكها حتى يقع الثلاث جملة باختيارها نفسها والمجتمع فى زمان أو مكان لا يليق به صفة الترتيب فكذلك المجتمع فى الملك لايليق به صفة الترتيب وهذا بخلاف قولها اخترت التطليقة الاولى فان هنالك يلغو ذكر الترتيب أيضا فيبقى قولها اخترت التطليقة ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغى أن لا يقع هنالك شئ لانه لما الغي ذكر الترتيب بقى قولها اخترت وقد بينا أن بهذا اللفظ لا يقع الطلاق مالم تقل اخترت نفسى ﴿قلنا﴾ هذا اذا لم يكن فى لفظ الزوج مايدل على تخصيص الطلاق وهنا مايدل على ذلك وهو قوله اختارى ثلاث مرات، فان الطلاق هو المحصور بعدد الثلاث ولو قال اختارى نفسك أو طلاقك فقالت اخترت كان جوابا فكذلك هنا ﴿ قال ﴾ ولو قال ان قدم فلان فاختارى فقالت بعد قدومه بأيام لم أعلم الا الساعة ولى الخيار فالقول قولها مع يمينها ان نازعها الزوج لانه يتمسك بالاصل وهو عدم العلم بالقدوم ولان الزوج يدعى عليها ما يسقط خيارها بعد ما عرف ثبوته لها وهي تنكر ذلك فالقول قولها مع يمينها ولكن لو لم تختر نفسها فى ذلك المجلس حتى خاصمت فيه الزوج وذهبت الى القاضى فلاخيار لها لقيامها عن المجلس بعد ما علمت بالقدوم فهو كما لو أقامها الزوج ﴿قال﴾ واذا خيرها في مجلسها فقالت بعد القيام منه قد كنت اخترت نفسى فيه لم تصدق على ذلك اذا كذبها الزوج لانها تخبر بما لا تملك انشاءه فاذا أقامت البينة على ذلك كان الثابت بالبينة كالثابت بتصديق الخصم فيفرق بينهما وان لم يكن لها بينة فالقول قول الزوج مع يمينه على علمه لانه يستحلف على فعل غيره ﴿قال﴾ وان قال لها اختارى اليوم واختارى غدا فردت الخيار اليوم أو اختارت زوجها فليس لها الخيار فى بقية ذلك اليوم ولها الخيار غدا لان قوله واختارى غدا تخيير مضاف الى وقت آت والمضاف غير المنجز فانها انما ردت الخيار المنجز فى اليوم

فيبقى خيارها في الغد على حاله بخلاف ما لو قال اختاري اليوم وغداً فردت اليوم أو اختارت زوجها فلا خيار لها في الغد لانه عطف الغد على اليوم والعطف للاشراك فانتفى ذلك امتداد الخيار الى مضى الغد لا تجديد الخيار المضاف واذا كان الخيار واحداً وقد بطل ذلك بردها فلا خيار لها بعد ذلك فأما اذا قال واختاري غداً فهو خيار آخر أوجبه لها في الغد لانه ذكر للغد خبراً فلا يجعل الخبر الاول خبراً له وان اختارت اليوم نفسها فبانت فلا خيار لها في الغد لانها قد ملكت أمر نفسها باختيارها نفسها وذلك ينفي الخيار المضاف كما ينفي الخيار المنجز ولان الخيار المضاف الى الغد لا يتضمن تطليقة أخرى لان التطليقة التي في ضمن الخيار المنجز تحتمل الاضافة الى الغد مالم تقع فاذا وقعت باختيارها نفسها في اليوم لم يبق حتى تختار نفسها في الغد بها ﴿قال﴾ وان قال اختاري غدا الطلاق فقالت اليوم اخترت غدا الطلاق أو قالت قد اخترت الزوج فاختيارها اليوم باطل ولها الاختيار غداً لان الزوج أضاف التخيير الى وقت منتظر فلا يثبت لها الخيار قبل مجيء ذلك الوقت واختيارها قبل ان يثبت لها الخيار لغو وان قالت في الغد قد اخترت زوجي لا بل نفسي كانت امرأته ولا خيار لها الان بقولها قد اخترت زوجي بطل خيارها فبقولها لا بل نفسي اختارت نفسها بعدما بطل خيارها وان قالت اخترت نفسي لا بل زوجي بانت بقولها اخترت نفسي فلا ترتفع البينونة بقولها لا بل زوجي بعد ذلك ﴿ قال ﴾ وان قال ان شئت فانت طالق واختاري فقالت قد اخترت نفسي وشئت الطلاق كانت طالقاً اثنتين لان قولها قد اخترت نفسي جواب التخيير وقولها شئت الطلاق ايجاد للشرط في طلاق المشيئة والصريح يلحق البائن ولا يكون قولها اخترت نفسي عملا هو ضد مشيئة الطلاق بل هذا من جنس مشيئة الطلاق فلا يخرج به طلاق المشيئة من يدها وكذلك لو قال اختاري ان هويت أو احببت أو أردت فقالت قد اخترت نفسي وقعت تطليقة بائنة لوجود الشرط باختيارها نفسها فقد هويت ذلك وأحبت وأرادت حين اختارت نفسها ﴿ قال ﴾ ولو قال اختاري من ثلاث تطليقات ماشئت فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا تملك ان تختار بهذا اللفظ الا واحدة أو اثنتين وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تملك ان تختار الثلاث بهذا اللفظ لان كلمة ما للتعميم ومن قد تكون للتبعيض وقد تكون للتمييز كما يقال سيف من حديد وهو معنى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان وقد تكون صلة كما في قوله تعالى يغفر لكم من ذنوبكم وقوله تعالى ما اتخذ الله

من ولد فكانت مراعاة جانب التعميم لكلمة ما أولى واذا حمل على معنى التعميم صارت الثلاثة مفوضة اليها فكانت كلمة من لتمييز الطلاق من سائر الاشياء في التفويض اليها أو هو صلة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كلمة ما للتعميم كما قالا وكلمة من للتبعيض حقيقة والكلام محمول على حقيقته فان الحقيقة لا تترك الى المجاز الا لقيام الدليل فيعمل بحقيقة الكلمتين ويقول يزاد على الواحدة لحرف التعميم وينقص عن الثلاث لحرف التبعيض فيصير بيدها اثنتان فاذا أوقعت واحدة أو اثنتين جاز ذلك وان أوقعت ثلاثا لم يقع شئ عنده لان المأمور باثنتين لا يملك ايقاع الثلاث عنده وعندهما تطلق ثلاثا لان الثلاث صارت مفوضة اليها وفي الكتاب استشهد لقولهما بما لو قال كل من هذا الطعام ما شئت جاز له أن يأكل كله ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هناك قام دليل المجاز وهو العرف ولانه اباحة لا يتعلق بها اللزوم فينبني الامر فيه على التوسع بخلاف الطلاق فانه يتعلق به اللزوم فيعتبر فيه حقيقة كل لفظ ولو لم تختر شيئا حتى قال الزوج لك ألف درهم على أن تختاريني فاختارته كانت قد أبطلت الخيار لان اسقاط الخيار لا يتعلق بالجائز من الشرط الفاسد فان الشرط الفاسد لا يمنع ثبوته ولا شئ لها من الالف لانها لا تملك الزوج باسقاطها خيارها شيئا ﴿قال﴾ ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي أو زوجي بطل الخيار ولم يقع شئ لان حرف أو يقتضي اثبات أحد المذكورين بغير عينه فاشتغالها بالكلام المبهم يكون ابطالا منها للخيار ولا يقع عليها شئ لانها لم تجعل اختيارها نفسها عزيمة في كلامها وان قالت قد اخترت نفسي وزوجي طلقت بقولها قد اخترت نفسي فقولها بعد ذلك وزوجي لغو وان قالت قد اخترت زوجي ونفسي فقد سقط اختيارها بقولها اخترت زوجي فقولها ونفسي بعد ذلك لغو وهي امرأته ولا خيار لها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب الأمر باليد ﴾

﴿قال﴾ واذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في الخيار في سائر مسائل الباب المتقدم الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ماهو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الزوج الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وان نوى بالامر ثلاثا كان كما نوى حتى اذا طلقت نفسها ثلاثا تطلق ثلاثا لان هذا تفويض

للامر اليها وهو يحتمل العموم والخصوص بخلاف قوله اختاري فانه أمر بالعمل ولايحتمل معنى العموم وان لم ينو الثلاث فهي واحدة بائنة وعن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى هى ثلاث ولا يصدق فى القضاء اذ قال نويت واحدة لانه فوض اليها بهذا الكلام جنس مايملك عليها وذلك ثلاث ولكنا نقول التفويض قد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضاً خاصا وهو غير مخالف للظاهر وكذلك ان نوى الطلاق فقط لانه لايثبت الا القدر المتيقن عند الاحتمال وكذلك ان نوى اثنتين لان هذا نية العدد وهي لاتسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة ﴿قال﴾ واذا قال لها أمرك بيدك ثم قال لها أمرك بيدك بألف درهم فقالت قد اخترت نفسي فهى بائن بتطليقتين والالف عليها لازمة لان كلامها جواب للايجابين جميعاً واحدهما ببدل والآخر بغير بدل وانما يقعان معا عند اختيارها نفسها فيلزمها المال لان الطلاق بجعل يصادفها وهي منكوحة كالتي هى بغير جعل ﴿قال﴾ واذا قال لها امرك فى يدك ينوي ثلاثا ثم قال لها أمرك بيدك على الف درهم ينوى ثلاثا فقبلت ذلك ثم قالت قد اخترت نفسي بالخيار الاول كان المال عليها لازما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الامرين قد صارا أمراً واحداً معناه ان الزوج لايملك عليها الا الثلاث والذى أوجبه بجعل هو الذى تضمنه الكلام الاول وقد قبلت ذلك وأوقعت فيلزمها المال توضيحه ان ذكرها الترتيب لغو على أصل أبي حنيفة فيبقي قولها اخترت نفسى فيكون جوابا للكلامين ويلزمها المال وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هى طالق ثلاثا ولا يلزمها المال لأنها بالاختيار أوقعت ماتضمنه الكلام الاول وقد كان ذلك بغير جعل ﴿قال﴾ وان قال لها أمرك بيدك اليوم أو قال فى اليوم فان اختارت زوجها فقد بطل خيارها وان لم تختر شيئاً فلها الخيار الى غروب الشمس وذكر بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فرقا بين قوله اليوم وبين قوله فى اليوم فقال اذا قال فى اليوم فلها الخيار فى مجلسها لوجود حرف فى فان المظروف قد يشغل جزءا من الظرف فانما جعل لها الخيار في جزء من اليوم بخلاف قوله اليوم فان ذلك تصريح بالخيار فى جميع اليوم ولكن هذا الفرق ضعيف والمقصود في الوجهين جميعا توقيت الخيار باليوم ﴿قال﴾ واذا قال الزوج جعلت أمرك بيدك أمس فلم تختاري شيئاً وقالت هي بل قد اخترت فالقول قول الزوج مع يمينه على علمه لانها اخبرت بما لاتملك انشاءه وتدعي وقوع الطلاق عليها والزوج

منكر لذلك فانه أقر بالتخيير فقط ولا يقع به شئ مالم تختر نفسها ﴿قال﴾ وان جعل أمرها بيد صبي أو مجنون فهو بيده في مجلسه لان موجب هذا التفويض صحة ايقاع الطلاق منهما وذلك يكون بعبارته والصبي من أهله فكان كالبالغ ليس للزوج أن يخرجه من يده ولا يبطل الا بقيام المفوض اليه من مجلسه ﴿قال﴾ وان جعل أمرها بيد رجلين فطلقها احدهما لم يقع لانه ملك الامر منهما فاحدهما لا يستبد بالتصرف فيما هو مملوك لهما ولانه جعل الأمر في أيديهما ليرويا النظر في أمرها ونظر الواحد لا يقوم مقام نظر المثني بخلاف قوله طلقاها لانه أتم النظر بنفسه وانما أنابهما مناب نفسه في العبارة وعبارة الواحد والمثني سواء ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته وهي امة أمرك بيدك يريد اثنتين فاختارت نفسها طلقت اثنتين لان هذا نية العموم في التفويض فالاثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة بخلاف ما اذا كانت حرة فنية الاثنتين في حقها نية العدد وهذا اللفظ لا يحتمل نية العدد وكذلك ان كانت الحرة عنده في ثنتين فهذا في حقها نية العدد لانه بأصل النكاح يملك عليها ثلاثا فلا يكون هذا في حقها الا نية العدد فلا تقع الا واحدة ﴿قال﴾ وان قال لها أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد فهو أمر واحد ان ردته اليوم بطل كله وقد بينا هذا في التخيير فكذلك في الامر باليد وروى أبو يوسف رحمه الله تعالي في الامالي عن أبي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت اليوم فأمرها بيدها غداً فهو بمنزلة مالو قال وأمرك بيدك غداً وقد بينا الفرق بينهما ﴿قال﴾ واذا قال أمرك بيدك اليوم وبعد غد فهما أمران حتى اذا ردت اليوم فلها الخيار بعد الغد وعلى قول زفر رحمه الله هذا امر واحد وكذلك لو قال اليوم ورأس الشهر زفر يقول عطف أحد الوقتين على الآخر من غير تكرار لفظ الامر فيكون أمراً واحداً كما في قوله اليوم وغدا ولكنا نقول أحد الوقتين المذكورين هنا غير متصل بالآخر بل بينهما وقت غير مذكور ولا يثبت فيه حكم الامر فعرفنا انه ليس المراد بذكر الوقت الثاني امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب أمر آخر فاما اذا قال وغداً فأحد الوقتين متصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد لامتداد حكم الامر اليه فلا يثبت به أمر آخر اذ لا ضرورة فيه والله أعلم

باب الظهار

اعلم بأن الظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم مؤقت بالكفارة

من غير أن يكون مزيلا للملك بيانه فى قوله تعالى والدين يظاهرون من نسائهم الاية وسبب نزولها قصة خولة بنت ثعلبة فانها قالت كنت تحت أوس بن الصامت رضي الله عنه وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته فى بعض ما أمرنى به فقال أنت علىّ كظهر أمى ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الىّ وراودني عن نفسى فقلت والذي نفس خولة بيده لاتصل الىّ وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله في ذلك فوقع علىّ فدفعته عما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وقد خرجت الى بعض جيرانى فأخذت ثيابا ولبستها فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته بذلك فجعل يقول لى زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسنى اليه فجعلت أشكو الى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يغشاه عند نزول الوحي فلما سرى عنه قال قد أنزل الله تعالى فيك وفى زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم مريه أن يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال صلى الله عليه وسلم مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شئ يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم انا سنعينه بفرق وقلت أنا أعينه بفرق أيضاً فقال صلى الله عليه وسلم إفعلى واستوصى به خيراً ثم اختلفت العلماء رحمهم الله تعالى فى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا فقال علماؤنا رحمهم الله تعالى هو العزم على الجماع الدى هو امساك بالمعروف وقال الشافعى رحمه الله تعالى المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار وقال داود المراد تكرار الظهار حتى ان على مذهبهم لا يلزمه الكفارة بالظهار مرة حتى يعيد مرة أخرى وهذا ضعيف لانه لو كان المراد هذا لكان يقول ثم يعودون لما قالوا والدليل على فساده حديث أوس فانه لم يكرر الظهار انما عزم على الجماع وقد ألزمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفارة وكذلك حديث سلمة بن صخر البياضى رضى الله عنه فانه قال كنت لا أصبر عن الجماع فادخل شهر رمضان ظاهرت من امرأتى مخافة أن لا أصبر عنها بعد طلوع الفجر فظاهرت منها شهر رمضان كله ثم لم أصبر فواقعتها وخرجت الى قومى فأخبرتهم بذلك فشددوا الامر علىّ فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته بذلك فقال صلى الله عليه وسلم انت بذاك فقلت انا بذاك وها أنا بين يديك فامض فى حكم الله تعالى فقال صلى الله عليه وسلم أعتق رقبة الحديث كما روينا فى كتاب

الصوم وليس في هذا تكرار الظهار والشافعي رحمه الله تعالى يقول كما سكت عن طلاقها عقيب الظهار فقد صار ممسكا لها فيتقرر عليه الكفارة ولكنا نقول المراد بقوله تعالى ثم يعودون لما قالوا أن يأتي بضد موجب كلامه وموجب كلامه التحريم لا ازالة الملك فاستدامة الملك لا تكون ضده بل ضده العزم على الجماع الذي هو استحلال وبمجرد العزم عندنا لا تقرر الكفارة أيضا حتى لو أبانها بعد هذا أو ماتت لم تلزمه الكفارة عندنا والحاصل أن عند الشافعي رحمه الله تعالى معنى العقوبة يترجح في الكفارة فتجب بنفس الظهار الذي هو محظور محض الا أنه يتمكن من اسقاطها بأن يصل الطلاق بكلامه شرعا فاذا لم يفعل تتقرر عليه الكفارة وعندنا في الكفارة معنى العبادة والعقوبة والمحظور المحض لا يكون سببا لها وانما سببها ما تردد بين الحظر والاباحة وذلك انما يتحقق بالعزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف حتى يصير السبب به مترددا وسنقرر هذا الاصل في كتاب الايمان ان شاء الله سبحانه وتعالى ثم لا خلاف ان هذه الكفارة على الترتيب دون التخيير فان من كانت كفارته بالاعتاق أو الصيام فليس له ان يقربها حتى يكفر لقوله تعالى من قبل ان يتماسا فان جامع قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولم يعد حتى يكفر لانه ارتكب الحرام وليس عليه فيما صنع كفارة لما روي ان رجلا ظاهر من امرأته ثم وقع عليها من قبل أن يكفر فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره ان يستغفر الله تعالى ولا يعود حتى يكفر ولو جامعها في صوم الكفارة بالنهار ناسيا أو بالليل عامدا فعليه استقبال الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقد بينا هذا في كتاب الصوم وكذلك لو أعتق نصف رقبة ثم جامعها ثم أعتق ما بقي لم يجزه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الشرط في الاعتاق تقديمه على المسيس وأخلاؤه عنه كما في الصوم والعتق عنده يتجزى وهذا التفريع لا يجيء على قولهما لان العتق عندهما لا يتجزى ولما أعتق بعضه عتق كله وان كانت كفارته بالاطعام فليس له ان يجامعها قبل التكفير عندنا وقال مالك رحمه الله له ذلك لانه ليس في التكفير بالاطعام شرط التقديم على المسيس ولا مدخل للقياس في هذا الباب ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم استغفر الله ولا تعد حتى تكفر من غير تفصيل ولان من الجائز ان يقدر على الاعتاق أو الصيام فتصير كفارته بذلك فلو وطئها كان قد مسها قبل التكفير بالعتق وذلك حرام الا انه لو أطعم ثلاثين مسكينا ثم جامعها لا يلزمه استقبال الطعام بخلاف الاعتاق والصيام لان شرط

الاخلاء عن المسيس من ضرورة شرط التقديم على المسيس وذلك غير منصوص عليه في الاطعام وثبوته لمعنى فى غير الاطعام على مابينا فلهذا لايلزمه الاستقبال بخلاف الاعتاق والصيام ﴿قال﴾ واذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له فعليه أربع كفارات عندنا وقال الشافعى رضى الله عنه اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة لم يلزمه الا كفارة واحدة لان الظهار سبب موجب للكفارة فبالكلمة الواحدة لايتعدد الاظهار واحد فى حكم الكفارة كاليمين ولو قال والله علي ان لاأقربكن ثم قربهن لم يلزمه الا كفارة واحدة ولكنا نقول الظهار يوجب تحريما مؤقتا بالكفارة فاذا أضاف الى محال مختلفة يثبت فى كل محل حرمة لا ترتفع الا بالكفارة كالتطليقات الثلاث لما كانت توجب حرمة مؤقتة بزوج فاذا أوجبها فى أربع نسوة بكلمة واحدة ثبت فى حق كل واحدة منهن حرمة لا ترتفع الا بزوج بخلاف اليمين فان الكفارة تجب هناك بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وذلك لايتعدد بتعدد النساء ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله تعالى عنه وابراهيم والحسن البصرى رحمهما الله تعالى ﴿قال﴾ واذا ظاهر من امرأته مرتين اوثلاثا فى مجلس واحد أو مجالس متفرقة فعليه لكل ظهار كفارة هكذا نقل عن على رضي الله تعالى عنه ولأن تكرار الظهار في امرأة واحدة كتكرار اليمين فكما يجب باعتبار كل يمين كفارة فكذلك باعتبار كل ظهار ﴿فان قيل﴾ فاذا ثبتت الحرمة المؤقتة بالظهار الأول كيف تثبت بالظهار الثانى والثالث ﴿قلنا﴾ بالظهار الاول تثبت الحرمة مع بقاء ملك الحل فيتحقق الظهار الثانى والثالث وأسباب الحرمة تجتمع في محل واحد فان صيد الحرم حرام على المحرم لاحرامه ولكونه فى الحرم والخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه اذا حلف لايشربها والكفارة الثانية غير الكفارة الأولى فالحرمة الثانية في الحكم غير الاولى أيضاً وان ظاهر منها ثلاث مرات ونوى بالثاني والثالث تكرار الكلام الاول فعليه كفارة واحدة لان صفة الاخبار والانشاء فى الظهار واحدة والكلام الواحد يعاد ويكرر ولا يجب به الا مايجب بالاول ﴿قال﴾ وان قال لها أنت عليّ كظهر أمى أو كبطنها فهو مظاهر لان بطن الام عليه فى الحرمة كظهرها والظهار منكر من القول وزور كما قال الله تعالى وذلك أن يشبه من هو في أقصى غايات الحل بمن هو في أقصى غايات الحرمة وذلك لايختلف بالظهر والبطن وكذلك لوذكر جزأ من امرأته شائعا أو عضوا جامعا يعبر به عن جميع البدن بخلاف مااذا ذكر عضوا لايعبر به عن

جميع البدن كاليد والرجل وقد بينا هذا في باب الطلاق وكذلك اذا شبهها بظهر امرأة محرمة عليه على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة فهذا والتشبيه بظهر الام سواء للمعني الذي بينا كما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الامالي انه اذا شبهها بظهر امرأة قد زنا بامها أو بابنتها فحرمت عليه بذلك فهو مظاهر منها لانه شبهها بمحرمة عليه على التأبيد قال لان قضاء القاضي بحل المناكحة بينهما لا ينفذ عندي لكونه بخلاف النص فان النكاح حقيقة للوطء وهذا بخلاف مالو شبهها بظهر امرأة قد لاعنها لان اللعان وان كان يوجب الحرمة المؤبدة عندي فهو مما يسع فيه الاجتهاد وينفذ فيه قضاء القاضي بخلافه فلم يكن في معنى حرمة الام وقال محمد رحمه الله تعالى في الكيسانيات اذا شبهها بظهر أم المزني بها لا يكون مظاهراً لأن العلماء مختلفون في حرمتها عليه ولو قضى القاضي بحل المناكحة بينهما نفذ قضاؤه لا ن الناس تعارفوا اطلاق اسم النكاح على العقد ولو شبهها بظهر امرأة قد لمس أمها أو ابنتها من شهوة أو نظر الى فرجها من شهوة لم يكن مظاهراً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان هذه الحرمة حرمة ضعيفة ليست في معنى حرمة الام حتى ينفذ قضاء القاضي بخلافها وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يكون مظاهراً لان ثبوت الحرمة بالنظر الى الفرج منصوص عليه في قوله صلى الله عليه وسلم ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها فيتحقق معنى الظهار اذا شبهها به وان شبهها بظهر امرأة أجنبية أو ذات رحم منه غير محرم فليس بمظاهر لانه شبه محللة بمحللة فان الاخرى تحل له بالملك فلا يكون مظاهراً وكذلك لو شبهها بظهر رجل أجنبي أو قريب فهو ليس بمحرم عليه النظر اليه ومسه فلا يكون مظاهراً

﴿قال﴾ وان ظاهرت المرأة من زوجها فليس ذلك بشيء لان موجبه التحريم وهو مختص بالنكاح كالطلاق وليس الى المرأة من ذلك شيء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال عليها الكفارة للظهار لان المعنى في جانب الرجل تشبيه المحللة بالمحرمة وذلك يتحقق في جانبها والحل مشترك بينهما وقال الحسن عليها كفارة اليمين لان هذا بمنزلة التحريم منها زوجها على نفسها وتحريم الحلال يمين فتلزمها الكفارة كما لو حلفت ان لا تمكنه من نفسها ثم مكنته

﴿قال﴾ ولا يكون الرجل مظاهراً من أمته ولا من أم ولده ولا من مدبرته عندنا وقال مالك يصح ظهاره منهن لان ملك اليمين في حل ملك المتعة سبب لملك المتعة كملك النكاح فيتحقق معنى الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة ولكنا نستدل بقوله تعالى والذين يظاهرون من

نسائهم وهذا يتناول الزوجة دون المملوكة وقد بينا ان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية ونقل الشرع حكمه الى التحريم المؤقت بالكفارة والمملوكة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار أيضاً ولهذا لايصح إيلاؤه من الأمة لان الايلاء طلاق مؤجل والامة ليس بمحل للطلاق وقال ابن عباس رضى الله عنه من شاء باهلته عند الحجر الاسود أنه لا كفارة فى الظهار من الأمة وكذلك لو ظاهر من امرأة أجنبية فهو باطل كما لو طلقها وهذا لان الأجنبية لا تحل له مالم يتزوجها فانما شبه محرمة بمحرمة ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته أنت على كفرج أمى أو كفخذها كان مظاهراً لان فرج الام وفخذها محرم عليه كظهرها فيتحقق تشبيه المحللة بالمحرمة ولو قال كيدها أو رجلها لم يكن مظاهراً لانه لايحرم عليه النظر الى يدها ورجلها ولامسها فلم يتحقق بهذا اللفظ تشبيه المحللة بالمحرمة ولو قال جنبك أو طهرك على كظهر أمي لم يكن مظاهراً بمنزلة قوله يدك أورجلك لان هذا العضو لايعبر به عن جميع البدن عادة وقع في بعض النسخ طفرك مكان قوله ظهرك وهو غلط فالظهر مع الجنب اليق من الظفر ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت على كأمى فهذا كلام يحتمل وجوها لان الكاف للتشبيه وتشبيه الشيء بالشيء قديكون من وجه وقد يكون من وجوه فاذا نوى به البر والكرامة لم يكن مظاهراً لان مانواه محتمل ومعناه أنت عندى فى استحقاق البر والكرامة كأمى وان نوى الظهار فظهار لانه شبهها بجميع الأم ولو شبهها بظهر الأم كان ظهاراً فاذا شبهها بجميع الأم كان أولى وان لم يكن له نية فليس ذلك بشيء فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول محمد رضي الله تعالى عنه هو ظهار ولم يذكر قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعنه روايتان إحداهما كقول محمد رضى الله تعالى عنه لانه قال في الأمالى اذا كان هذا فى حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق فى القضاء وهو ظهار وعنه انه قال إيلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم فكان قوله انت على كامى بمنزلة قوله انت على حرام وقد بينا فى هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئاً يثبت أقل الوجوه وهو الايلاء وبنحو هذا يحتج محمد رضى الله تعالى عنه ولكنه يقول هو ظهار لكاف التشبيه فى كلامه فان الظهار يختص بهذا الحرف ومتى كان مراده البر يقول أنت عندي كأمى ولا يقول على الا انه اذا نوى البر أقمنا حرف على مقام عند لتصحيح نيته فاذا لم ينو بقى محمولا على حقيقته فكان ظهاراً وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كلام العاقل محمول على الصحة مهما أمكن حمله على وجه صحيح يحل شرعا

لايحمل على مايحرم شرعا والظهار منكر من القول وزور فلا يمكن حمله عليه اذا أمكن حمله على معنى البر والكرامة توضيحه أنها كانت محللة له وهذا الكلام يحتمل معنى البر ويحتمل معنى الظهار ولكن الحرمة بالشك لا تثبت كما لايثبت الطلاق بالشك ﴿ قال ﴾ ولو قال لها انت على حرام كأمي فقد انتفى احتمال معنى البر هنا لتصريحه بالحرمة فيبقى احتمال الطلاق والظهار فان أراد الطلاق فهو طلاق لان قوله انت على حرام يكون طلاقا بالنية فقوله كأمي لتأكيد تلك الحرمة فلا تخرج به من ان تكون طالقا بالنية وكذلك ان أراد التحريم دون الظهار فهو طلاق وبعض مشايخنا رحمهم الله يقولون ينبغى أن يكون ايلاء بمنزلة قوله أنت علىّ حرام اذا قصد به التحريم فقط ولكنا نقول انما قصد التحريم هنا بزوال الملك لانه شبهها بالام وهى محرمة حرمة تنافي الملك وزوال الملك بالتحريم يكون بالطلاق وان نوى به الظهار فهو ظهار لانه شبهها فى الحرمة بامه ولو شبهها بظهر الام كان ظهاراً فكذلك اذا شبهها بالام وان لم يكن له نية فهو ظهار لان عند الاحتمال لايثبت الا القدر المتيقن والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق فالحرمة بالظهار لاتزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله ﴿ قال ﴾ وان قال أنت علىّ حرام كظهر أمى فهو ظهار فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى سواء نوى الظهار أو الطلاق أولم يكن له نية بمنزلة قوله أنت علىّ كظهر أمى لان ذلك اللفظ انما كان ظهاراً باعتبار التشبيه فى الحرمة فالتصريح بما هو مقتضى كلامه يؤكد حكم الكلام ولا يغيره وهذا اللفظ صريح في الظهار فلا تعمل فيه نية شئ آخر كاللفظ الذى هو صريح فى الطلاق لا تعمل فيه نية شئ آخر وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان نوى الظهار أو لم يكن له نية فهو ظهار وان نوى الطلاق فهو طلاق لان المنوى من محتملات لفظه فان قوله أنت علىّ حرام تسع فيه نية الطلاق لو اقتصر عليه فقوله كظهر أمى يحتمل معنى التأكيد لتلك الحرمة فلا يخرج به من أن يكون محتملا لنية الطلاق وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا قال نويت به الطلاق يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق فى القضاء في صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة أخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فان الطلاق لو وقع بقوله أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد مابانت والظهار بعد البينونة لايصح ﴿فان قيل﴾

الظهار مع الطلاق امثانا بقوله أنت على حرام ﴿قلنا﴾ اللفظ الواحد لا يحتمل المعنيين المختلفين ﴿قال﴾ وان قال أنا منك مظاهر فهو ظهار لان موجب الظهار هو التحريم وقد بينا ان لفظ التحريم يصح اضافته الى كل واحد منهما باعتبار ان الحل مشترك بينهما فكذلك لفظ الظهار وكذلك لو قال قد ظاهرت منك لان صيغة الاقرار والانشاء في الظهار واحدة كما في الطلاق ﴿قال﴾ وكذلك لو قال أنت مني كظهر أمي أو عندي ومعي فهو ظهار كقوله علي لان تشبيه المحللة بالمحرمة يتحقق بهذه الكلمات ﴿قال﴾ ولا ينبغي للمرأة ان تدعه يقربها حتى يكفر لانها محرمة عليه مالم يكفر وعليها أن تمتنع من الحرام ولها ان تطالبه بالتكفير وتخاصمه في ذلك لانها استحقت الامساك بالمعروف وهو بالظهار فوت عليها ذلك فلها ان تطالبه بما صار مستحقا لها بالنكاح ويجبره القاضي على التكفير عند طلبها لانه لا يتوصل الى الامساك بالمعروف الا به ولا ينبغي له أن يباشرها ولا يقبلها حتى يكفر لقوله تعالى من قبل أن يتماسا ولان هذه الحرمة في معنى الحرمة بالطلاق الا في حكم زوال الملك والارتفاع بالكفارة والحرمة متى ثبتت بالطلاق توجب تحريم اللمس والتقبيل فكذلك بالظهار ﴿قال﴾ واذا قال لامرأة اذا تزوجتك فأنت على كظهر أمي أو قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فهو كما قال لان الظهار يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق فيصح اضافته الى الملك والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ﴿قال﴾ واذا قال اذا تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي ثم تزوجها طلقت وبطل الظهار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الظهار معطوف على الطلاق فتبين بالطلاق قبل أن يصير مظاهرا وعندهما يقعان معاً وقد بينا هذا في باب الطلاق ﴿قال﴾ واذا قال اذا تزوجتك فأنت طالق ثم قال اذا تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لزم الطلاق والظهار جميعاً لانه تعلق كل واحد منهما بالتزويج هنا من غير واسطة فعند التزويج يقعان معاً ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم أبانها فدخلت الدار في العدة أو بعد العدة لم يكن مظاهرا منها لان موجب الظهار حرمة ترتفع بالكفارة وبالبينونة تثبت حرمة أقوى من ذلك فلا يظهر الضعيف مع القوي ولأن المرأة محل الظهار لانها محللة له بأبلغ جهاته وقد زال ذلك بالبينونة والمعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل الا عند بقاء المحل لان الوصول الى المحل عند ذلك يكون فاذا لم تبق محلا بعد البينونة لم يكن مظاهراً منها ﴿قال﴾ واذا ظاهر المسلم وهو

حر أو عبد من زوجته وهي حرة أو أمة مسلمة أو صبية أو كتابية فهو مظاهر لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان العبد كالحر في كونه أهلا لموجب الظهار وهو الحرمة المؤقتة بالكفارة والامة والصبية والكتابية كالحرة المسلمة في كونها محللة بأبلغ جهاته ﴿قال﴾ وان كان الزوج ذمياً فظهاره باطل عندنا سواء كانت المرأة مسلمة أو ذمية وعند الشافعي رحمه الله تعالى ظهار الذمى صحيح لان الذمى من أهل الطلاق وقد بينا أن الحرمة بالظهار في معني الحرمة بالطلاق فكل من صح طلاقه صح ظهاره وكذلك هو من أهل الكفارة لانه من أهل الاعتاق والاطعام الا أنه ليس من أهل الكفارة بالصوم وبهذا لا يمتنع صحة الظهار كالعبد فانه ليس من أهل التكفير بالمال وكان ظهاره صحيحا وهذا على أصله مستقيم فان معني العقوبة عنده يترجح في الكفارة فيكون بمنزلة الحد وفي الحد معنى الكفارة قال صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لأهلها ثم تقام على الذمى بطريق العقوبة ولئن لم يكن من أهل الكفارة فهو أهل للحرمة فيعتبر ظهاره في حق الحرمة كما اعتبر أبو حنيفة رحمه الله تعالى إيلاء الذمى في حق الطلاق وان لم يعتبر في حق الكفارة وكلامنا في المجوسى يتضح فانه يعتقد الحل في أمه وأخته فاذا شبه امرأته بمن يعتقد الحل فيها بالنكاح فلا يكون مظاهراً كالمسلم اذا شبه امرأته بأجنبية ﴿ولنا﴾ ان الذمى ليس من أهل الكفارة فلا يصح ظهاره كالصبي وبيان الوصف أن المقصود بالكفارة التكفير والتطهير والكافر ليس بأهل له وما فيه من الشرك أعظم من الظهار بخلاف الحدود فالمقصود هناك الخزى والنكال وانما الكفارة في حق من جاء تائبا مستسلماً لحكم الشرع كما فعله ماعز رضي الله عنه والدليل عليه ان معنى العبادة يترجح في الكفارة حتى تتأدى بالصوم الذى هو محض عبادة ولا يتأدى الا بنية العبادة ويفتى به ولا يقام عليه كرهاً والكافر ليس بأهل للعبادة وتأثير هذا الوصف بعد ثبوته ان موجب الظهار الحرمة المؤقتة بالكفارة ولا يمكن اثبات تلك الحرمة هنا لانه ليس بأهل للكفارة فلو صح ظهاره لثبتت به حرمة مطلقة وهذا ليس بموجب الظهار وبه فارق حرمة الطلاق فانه حرمة بزوال الملك أو بانعدام محل الحل والكافر من أهله وبه فارق العبد لانه من أهل الكفارة إلا انه عاجز عن التكفير بالمال لعدم الملك حتى لو عتق وأصاب مالا كانت كفارته بالمال وبه فارق الايلاء لانه طلاق مؤجل على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى والذمى من أهل الطلاق ولان الحرمة الثابتة باليمين تكون مطلقة لا مؤقتة بالكفارة ولهذا لا يجوز التكفير قبل

الحنث ﴿قال﴾ واذا ظاهر المسلم من امرأته ثم ارتد ثم أسلما فهو على ظهاره فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى يكفر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قد سقط الظهار عنه بالردة لان الكافر ليس من أهل الظهار وهو بالردة قد التحق بالكافر الاصلى وكما لاينعقد الظهار بدون الاهلية لايبقى بعد انعدام الاهلية وهذا لان الثابت بالظهار حرمة مؤقتة بالكفارة وبعد الردة لايمكن ابقاء هذه الحرمة لانه لم يبق أهلا للكفارة فلو بقى انما يبقى حرمة مطلقة وهذا لم يكن موجب ظهاره وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ظهاره قد صح موجبا لحكمه فلا يرتفع حكمه الا بالكفارة وهذا لان الحرمة بالظهار في معنى الحرمة بالطلاق ثم المسلم لو طلق امرأته ثلاثا ثم ارتد ثم أسلما لاتحل له الا بعد زوج فكذلك اذا ظاهر منها وهذا لانه غير مقر على كفره بل هو مجبر على العود الى الاسلام فيمكن ابقاء الحرمة المؤقتة بالكفارة باعتبار مابعد اسلامه توضيحه ان اعتبار الاهلية عند انعقاد السبب ليتقرر موجباً وعند أداء الكفارة ليصح الاداء ففيما بين ذلك لايعتبر بقاء الاهلية ألا ترى انه لو جن بعد ما ظاهر من امرأته ثم افاق بقى ظهاره حتى يكفر مع انه من أهل التكفير بالعتق حتى لو أعتق عبداً عن ظهاره فى ردته ثم أسلم جاز عتقه عن الكفارة على مانبينه ﴿قال﴾ واذاقال لامرأته ان شئت فأنت على كظهر أمى فشاءت ذلك فى مجلسها لزمه الظهار وهذا والطلاق المعلق بمشيئتها سواء فى أنه يعتبر وجود المشيئة في المجلس وان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ﴿قال﴾ وان قال أنت علىّ كظهر أمي اليوم فهو كما قال لايقربها فى ذلك اليوم حتى يكفر فاذا مضى اليوم بطل الظهار وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى هو مظاهر أبداً حتى يكفر وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق فى أنه لايتوقت بالتوقيت ولكنا نقول موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب المدة وحرمة البيع الى الفراغ من الجمعة وحرمة الصيد على المحرم الى ان يحل والحرمة بسبب اليمين فاذا احتمل التوقيت صح توقيته ولا يبقى بعد مضى الوقت بخلاف الطلاق فالحرمة هناك باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الحل وذلك لايحتمل التوقيت وعلى هذا لو قال انت عليّ كظهر أمى شهراً أو حتي يقدم فلان فهو كما قال ويسقط بمضى الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضى وقتها ﴿قال﴾ ولو ظاهر من امرأته ثم طلقها ثلاثا أو ارتدت عن الاسلام فبانت منه ثم أسلمت وتزوجته بعد زوج آخر كان الظهار على حاله لايقربها حتى يكفر

لان

ن ظهاره قد صح وثبتت به الحرمة الى ان يكفر فثبوت الحرمة بسبب آخر لايمنع بقاء
ء الحرمة لان أسباب الحرمة تجتمع في محل واحد واذا بقيت تلك الحرمة لاترتفع إلا
كفارة ﴿قال﴾ ولو ظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشتراها لم يكن له ان يقربها حتى يكفر
ن الحرمة ثبتت بالظهار فهو بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق ولو طلقها اثنتين لم تحل له بسبب
مراء بعد ذلك مالم تتزوج بزوج آخر فكذلك اذا ثبتت الحرمة بالظهار أو هذه حرمة مع
. الملك فكانت كالحرمة الثابتة بسبب الحيض والحائض لاتحل له بملك اليمين كما لاتحل له
ب النكاح وكذلك ان أعتقها ثم تزوجها لان النكاح الثانى كالاول ومع بقاء النكاح
ول ماكان يحل له ان يقربها حتى يكفر فكذلك فى النكاح الثانى ﴿قال﴾ وظهار الصبي
متوه باطل كطلاقهما لان موجب الظهار الحرمة المؤقتة بالكفارة وليسا من أهل وجوب
كفارة عليهما ولا من أهل مباشرة سبب الحرمة بالقول ﴿قال﴾ وظهار السكران
كره لازم كطلاقهما لان الاكراه والسكر لايؤثر فى اكتساب سبب الحرمة بالقول
فى اكتساب وجوب الكفارة عندنا ﴿قال﴾ وظهار الاخرس من امرأته فى كتاب
اشارة مفهومة صحيح كطلاقه لكونه أهلا لموجب الظهار ولايدخل على المظاهر ايلاء وان
امها أربعة أشهر أو أكثر وقال مالك رحمه الله اذا لم يجامعها ولم يكفر حتى مضت أربعة
بانت بالايلاء لان المولى مضار متعنت بمنع حقها في الغشيان وقد تحقق ذلك فى حقها
ار لان فى الموضعين لا يتمكن من قربانها شرعا إلا بالكفارة ولكنا نقول حكم كل
د منهما منصوص عليه فى القرآن ولا يقاس المنصوص على المنصوص فلو اثبتنا حكم
لاء فى الظهار كان بطريق المقايسة وكما لا يجوز ان يثبت حكم الظهار في الايلاء بطريق
سة فكذلك لايثبت حكم الايلاء في الظهار مع ان الظهار ليس فى معنى الايلاء فان
نير فى الظهار قبل الجماع وفى الايلاء بعده ﴿قال﴾ ولو قال ان قربتك فانت علي
ر أمي كان موليا ان تركها أربعة أشهر بانت بالايلاء وان قربها فى الاربعة الاشهر لزمه
بمنزلة قوله ان قربتك فانت طالق وهذا لانه منع نفسه من قربانها إلا بظهار يلزمه
، الاضرار والتعنت بهذا يتحقق فكان موليا منها واذا بانت بالايلاء ثم تزوجها فقربها
ظاهر لان اليمين باقية والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ﴿قال﴾ واذا
من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى انت على مثل هذه ينوى الظهار فهو مظاهر

لانه شبه الثانية بالاولى ولان قصد التشبيه في حكم الظهار وهذا قصد صحيح لما بينا ان تشبيه الشيء بالشيء قد يكون في وجه خاص وكذلك ان قال رجل آخر لامرأته أنت علي مثل امرأة فلان عليه ينوي الظهار كان مظاهراً منها أيضاً وان لم ينو الظهار فهو باطل لان الكلام محتمل يجوز أن يكون التشبيه في حكم الحل والملك أو البر والكرامة والمحتمل لا يكون ملزما شيئاً بدون النية ﴿قال﴾ وان ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى قد أشركتك في ظهار فلانة كان مظاهراً أيضا منها كما في الطلاق وهذا لان الاشراك يقتضي التسوية وقد صرح بالظهار فكان ذلك تنصيصاً على التسوية بينهما في حكم الظهار وان قال لامرأته أنت علي كظهر أمي ان شاء الله لم يلزمه شيء لان الاستثناء اذا اتصل بالكلام يخرجه من أن يكون عزيمة كما في الطلاق والعتاق قال صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه وان قال ان شاء فلان فالمشيئة الى فلان في مجلس علمه كما في الطلاق ألا ترى أنه لو علق بمشيئتها يتجز اذا شاءت في مجلس علمها فكذلك اذا علق بمشيئة غيرها ﴿قال﴾ وكفارة الظهار على العبد الصوم مالم يعتق لانه عاجز عن الاعتاق وعجزه أبين من عجز المعسر فانه ليس بأهل للملك فيكفر بالصوم وليس لمولاه أن يمنعه من الصوم لما تعلق به من حق المرأة وقد بيناه في كتاب الصوم فان عتق قبل أن يكفر وملك مالا فكفارته بالعتق لان التكفير بالصوم كان لضرورة العجز عن التكفير بالمال فاذا زال ذلك لزمه التكفير بالمال كالمتيمم اذا وجد الماء وهذا بناء على أصلنا أن المعتبر في الكفارات حالة الاداء لا حالة الوجوب وفي أحد قولي الشافعي رضي الله عنه المعتبر حالة الوجوب بناء على أصله في اعتبار معني العقوبة فيها كما في الحدود حتى اذا وجب عليه الحد وهو عبد ثم عتق قبل الاقامة يقام عليه حد العبيد لا حد الاحرار بخلاف الكفارة وعندنا المعتبر حالة الاداء إلا أن الصوم بدل عن العتق ومع القدرة على الاصل لا يتأدى الواجب بالبدل وحد العبيد ليس ببدل عن حد الاحرار والمصير اليه ليس للعجز فبدن العبد يحتمل من الضرب فوق ما يحتمله بدن الحر وسنقرر هذا في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وان أعتق عنه مولاه في رقه أو أطعم عنه بأمره لم يجزه لان الرق مناف للملك فلا يملك المال بتمليك المولى مع قيام المنافي فيه فان المتنافيين لا يجتمعان وبدون ملكه لا يتصور الاعتاق عنه والكفارة الواجبة عليه لا تسقط بملك الغير فلهذا لا يجوز اعتاقه عن كفارته ولا اطعامه المساكين

سواء باشره المولى أو العبد باذن المولى ﴿قال﴾ حر ظاهر وهو معسر ثم أيسر فعليه العتق لان جواز تكفيره بالصوم كان للعجز وقد زال قبل اسقاط الواجب فالتحق بما لو كان موسراً فى الابتداء فان أعسر قبل أن يكفر فعليه الصوم لانه عاجز عن التكفير بالعتق فيكفر بالصوم لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع ﴾
﴿ وأوله باب العتق فى الظهار ﴾

﴿ فهرس الجزء السادس من المبسوط للامام السرخسي ﴾

﴿ تمت ﴾